

## Inhalt

*Claudia Burgsmüller*

Patriarchale Empfindlichkeiten wecken? – Ein Plädoyer für Frauenkunst und  
-phantasie und gegen die Entscheidungsmacht der narzistisch Gekränkten 107

*Susanne Baer*

Neue Gesetze gegen Pornografie? – Die Pornografiedebatte in den USA 115

*Andrea Dworkin, Catherine A. MacKinnon*

Bürgerrechtsgesetz gegen Pornografie ( in der Fassung von Indianapolis 1984) 118

*Beschluß des OLG Frankfurt*

Kein minderschwerer Fall bei sozialadäquatem Kontakt 120

*Beschluß des BVerfG mit Anmerkung von Dagmar Oberlies*

Keine Abwälzung der Verteidigungskosten auf das Opfer 121

Rechtshilfefonds für Frauen e.V. in Hamburg gegründet 123

*Gisela Friedrichs*

Bericht über die Arbeitsgruppe „Prostitution beim 13. fem. Juristinnentag 124

Liebesdienstrecht 124

*Dagmar Oberlies*

„Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein  
entscheidet“ – Über Mitwirkungsbefugnisse und Beweislastverteilung beim  
Schwangerschaftsabbruch 125

Richtlinien des Landes Ba-Wü für die Beratung nach § 218 b Abs. 1 Nr. 1 StGB 135

Koalitionsvereinbarung über „gesetzliche Maßnahmen zur Beratung im Rahmen  
des § 218“ 136

*Urteil des BVerwG*

Keine Abtreibung in Arztpraxis 138

*Urteil des BAG*

Zuschuß zum Mutterschaftsgeld und Nebenbeschäftigung 138

*Urteil des LAG Hamburg*

Ausschluß vom Bewerbungsgespräch 138

*Urteil des ArbG Hamburg*

Teilzeitbeschäftigung und Bewährungsaufstieg 140

BONNBONN 142

Hinweise 143

**STREIT – Feministische Rechtszeitschrift**

Herausgegeben vom Verein „Frauen streiten für ihr Recht e.V.“, Frankfurt  
Der Verein ist gemeinnützig. Steuerabzugsfähige Spenden werden erbeten auf das  
Konto Nr.: 638-37-600, Postgiroamt Frankfurt, BLZ 500 100 60

**Redaktionsadressen:**

Hamburg/Schleswig-Holstein: Sabine Scholz, Eimsbüttler Str. 53, 2000 Hamburg 50  
Bremen: Jutta Bahr-Jendges, Osterdeich 13, 2800 Bremen 1  
Nordrhein-Westfalen: Malin Bode, Herner Str. 1, 4630 Bochum 1  
Frankfurt/Nordhessen: Barbara Becker-Rojczyk, Hedderichstr. 102, 6000 Frankfurt 70  
Südhessen/Baden-Württemberg: Barbara Schoen, Magdalenenstr. 17, 6100 Darmstadt 1  
Saarland: Dagmar Oberlies, Schloßstr. 6, 6600 Saarbrücken 1  
Bayern: Jutta Bartling, Arcostr. 5, 8000 München 2  
Berlin: Alexandra Goy, Kottbusser Damm 72, 1000 Berlin 61 – v.i.S.d.P.

**Mitarbeiter/innen dieses Heftes:**

Susanne Baer, stud. jur. in Berlin; RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen; RA Dr. Klaus Bertelsmann, Hamburg; RAin  
Claudia Burgsmüller, Wiesbaden u. Berlin; Dr. Ninon Colneric, Richterin am ArbG Oldenburg; RAin Gisela Friedrichs,  
Hamburg-Wilhelmsburg; Eckhard Happel, Richter am OLG Frankfurt; RAin Sabine Heinke, Bremen; RAin Dagmar  
Oberlies, Saarbrücken; RAin Dr. Sabine Wendt, Marburg; die Fotos sind von Elvira Willms, Saarbrücken.

ISSN 0175-4467

© 1987. Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Genehmigung der Redaktion  
und mit vollständigem Quellennachweis.

Herstellung: Sibylla Flügge, c/o Verlag Stroemfeld/Roter Stern, 6000 Frankfurt 1  
Repro/Druck: Zypresse, 6000 Frankfurt 50

STREIT erscheint 4 mal jährlich.

Bezugsbedingungen:

Einzelheft DM 12,- zzgl. DM 3,- Porto/Versandkostenanteil  
Abonnement: DM 48,- jährlich  
Das Abonnement verlängert sich automatisch um weitere 4 Hefte,  
wenn es nicht nach Erhalt des 3. Heftes gekündigt wird.

Bezugsanschrift:

Renate Blümler, Stegstr. 34, 6000 Frankfurt/Main 70

Konto:

Frauen streiten für ihr Recht e.V., Nr.: 638-37-600, Postgiroamt Frankfurt, BLZ 500 100 60

Buchhandelsauslieferung:

Frauenliteraturvertrieb (FLV), Erich-Ollenhauer-Str. 231, 6200 Wiesbaden (neue Anschrift!)

Claudia Burgsmüller

## Patriarchale Empfindlichkeiten wecken?

Ein Plädoyer für Frauenkunst und -phantasie und gegen die Entscheidungsmacht der narzistisch Gekränkten

Es deutet sich nun auch für deutsche Feministinnen an, daß der Kampf gegen Pornografie zur Sitten- und Kulturfrage der Endachtziger Jahre werden könnte. Mir widerstrebt die Vorstellung, Frauen aller Couleur – ungeachtet ihrer Unterschiedlichkeiten in Lebenssituation und politischem Handlungsbezug – unter dem Minimalkonsens einen zu können. Denn welche Frau könnte sich nicht angewidert über harte Pornografie moralisch entrüsten oder sich gelangweilt distanzieren? Für Juristinnen stellt sich hier insbesondere die Frage, inwieweit das Handlungsspektrum staatlicher Verbotsgesetze ausgenutzt bzw. gar dessen Erweiterung gefordert werden sollte.

Die Problematik betrachte ich mit aller Schärfe als eine derjenigen Juristinnen, die in den vergangenen zwölf Jahren vehement im Bereich der „Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ die Versagung staatlichen Rechtsschutzes angeprangert und nicht zuletzt Änderungen in der Strafjustiz eingefordert haben. Auch wenn die „Grundsatz“-Diskussion in diesem Bereich, ob es politisch legitim sei, sich des Machtfaktors Strafjustiz zu bedienen,<sup>1</sup> an Brisanz verloren haben, so wurde die Frage doch nie aufgegeben<sup>2</sup>. Die Begrenztheit von derlei politischen Prozessen ist allemal erkannt worden<sup>3</sup>. Daneben sind mir kaum irgendwelche von der Frauenbewegung entwickelte Strategien bekanntgeworden, die sich direkt gegen Vergewaltiger und ihre Unterstützer und Unterstützerinnen – außerhalb des strafjustiziellen Bereichs – wenden. Allein derartige erfolgreiche politische Konzepte würden es überflüssig machen, sich weiterhin der staatlichen Strafgewalt zu bedienen. Abgesehen von vereinzelt Aktionen ist eine solche Entwicklung zu einer gesellschaftlichen Gegenmacht jedoch nicht beobachtbar<sup>4</sup>.

Sollten wir nun, was Pornografie und Gewaltvideos betrifft, auf die staatlichen Sanktionsinstanzen – Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, Strafgerichte – oder auf die freiwilligen Kontrollorgane von Presse und Werbung setzen? Oder sollten wir uns nicht lieber in Selbstbeschränkung üben, um nicht patriarchale Empfindlichkeiten (und mehr!) zu wecken, die sich mit großer Sicherheit zu allererst gegen Feministinnen selbst richten würden?

Im Sturm auf die *Bilder* der Gewalt sehe ich so wenig Potential, den alltäglichen gewalttätigen Sexismus zu verhindern, daß hier eine andere Sichtweise als im Verhältnis zu Strafjustiz und Vergewaltigung angebracht erscheint. Es reicht mir nicht aus, den Minimalkonsens über die zunehmend gewalttätigen Bilder, („Frauen als wehrlose, oder käufliche Sexualobjekte, Teil einer entmenslichten Sexualität ... all das suggeriert Lustgewinn“<sup>5</sup>, Frauen, die in unerdenklichen Variationen gequält, vergewaltigt, zermetzelt werden) zu bemühen, ohne nicht zuvor die Frage auf das „Wesen“ von Pornografie zu richten.

Mann kann, wie Gorsen, Pornografie als „wahre Gestalt des Scheiterns und Mißlingens von sinnlicher Emanzipation in der bestehenden Gesellschaft“ ansehen<sup>6</sup>, „als eine unleugbare Form der sinnlichen Unterdrückung und materiellen Ausbeutung des Menschen“, wobei Pornografie „abgeleitet ist aus einem viel allgemeineren und gefährlicheren Unterdrückungszusammenhang, der in der Regel übergangen wird und über dessen Pathologie weitaus weniger Klarheit und diagnostisches Verständnis angestrebt wird als über das Sekundärphänomen Pornografie.“<sup>7</sup> Auch wenn Gorsen zunächst in dieser allgemeinen Form nicht zwischen den Geschlechtern differenziert, scheint mir sein analytisches Herangehen an das Phänomen Pornografie in der von ihm entwickelten „Sexualästhetik“ doch äußerst nachdenkenswert.

Pornografie auch in der feministischen Rezeption als einem „Sekundärphänomen“ einen Platz zuzuweisen, erscheint mir im Hinblick auf die nun folgenden Überlegungen angebracht. Ich verstehe diese fragmentarischen Gedanken als ein Gegengewicht zur Sammlung der Kräfte eindimensional ausgerichtet auf die *Bilderwelt* der Pornografie und Gewalttätigkeiten, wie sie von US-amerikanischen Feministinnen zäh und erbittert bis in die totale und absurde Polarisierung in „Pro- und Anti-Sex“ Frauen getrieben wurde.

1 vgl. hierzu auch den Aufsatz von Chrisje Brants, Erna Kok, Der Einsatz strafrechtlicher Sanktionen im Rahmen einer feministischen Strategie – ein Widerspruch in sich? Zur Diskussion über das Pornografieverbot in den Niederlanden, in: STREIT 86, S. 76 - 85

2 Brisanz hat sie im Frühjahr 1986 mit dem Freispruch der Berliner Gynäkologen wgn. des Vorwurfs der Vergewaltigung einer Kollegin gewonnen: vgl. Claudia Burgsmüller, Gerichtsbarkeit: Impressionen aus dem Berliner Gynäkologenprozess, in: STREIT 86, S. 40 - 47, insbes. S. 47 „Prangerjustiz für die Frauen oder Rehabilitierungsverfahren“ für die Männer?

3 wie 2 und Alexandra Goy, Der Berliner Gynäkologenprozeß, in: Kritische Justiz 3/87, S. 313 ff.

4 Das Hamelner Vergewaltigtertherapie-Projekt kann hier nicht als ein ernstzunehmender Ansatz angesehen werden, vgl. Ulla Dolata, Das Hamelner Vergewaltigterprojekt, S. 37 ff., Martina Büscher, Rita Nienstedt, Das Hamelner Geschlechtsrollenseminar – Ein Frauenprojekt?, S. 40 ff., Claudia Burgsmüller, Frauen an der Front, S. 35 ff., alle in STREIT 2/87.

5 Helga Theunert, Gewalt auf Video – Eine neue Qualität medialer Gewaltdarstellungen, in: Video – Neue Medien, Dokumentation des LandesfilmDienstes (Hessen), Frankfurt 1974, S. 36/37

6 Peter Gorsen, Sexualästhetik, Grenzformen der Sinnlichkeit im 20. Jh., rororo enz., Reinbeck 1987, S. 84

7 wie Anm. 6

Ihr Slogan „Pornografie ist die Theorie, Vergewaltigung die Praxis“ – eine Vereinfachung, die nur für die Initiierung einer Kampagne sicherlich legitim ist – greift zu kurz, wenn damit die Frage beantwortet werden soll, wie Männer und Frauen filmische und andere Gewaltbilder erleben und verarbeiten. Die theoretischen Konzepte zur Erklärung bzw. Analyse derartiger Fragekomplexe sind oft – nicht nur aus feministischer Sicht – unzulänglich, stellen sich komplexer dar als die zitierte Parole suggerieren will. Inhaltsanalysen, Wirkungsforschung, Nutzungsforschung und Massenkommunikationsforschung versuchen den Gewalteinfluß der genannten Medien mit unterschiedlichen Methoden auszuweisen.<sup>8</sup> Die Begrenztheit der einzelnen Methoden und Ergebnisse nachzuweisen, kann hier nicht geleistet werden. Ich verweise insoweit auf die Ausführungen von Ulrike Teubner auf der Tagung „Gewalt der Bilder – Gewalt der Verhältnisse“ in Frankfurt 1986<sup>9</sup>, die eine Zusammenstellung des Forschungsstands erarbeitet hat und eine eigene theoretische Annäherung an die Bilder der Gewalt versucht.

Sie verweist im Anschluß an Müller-Dohm, Schorb, Theunert, Salje und Fabris auf die „Notwendigkeit interdisziplinärer gesellschaftsbezogener Untersuchungskonzepte, die zum einen Inhaltsanalysen und Rezeptionsforschung miteinander verbinden, zum anderen und zugleich aber auch den Zusammenhang zwischen Gewaltdarstellung und Alltagserfahrung angemessen konzeptualisieren.“ Erforderlich ist danach eine Analyse des Gesamtprozesses der Massenkommunikation als Teil des gesellschaftlichen Systems sowie dessen Bedeutung für den Betrachter. Die symbolischen Gewaltbilder sind dabei „weder nur Mittel der Sozialisation noch der Projektion, sondern ihre Bedeutung erschließt sich erst vor dem Hintergrund einer Theorie, die die Ebenen der Verzahnung von Filmmaterial und subjektiver Wahrnehmung und Deutung auf dem Hintergrund der realen Lebensbedingungen des Zuschauers zueinander in Beziehung setzt.“ Teubner stellt darüber hinaus fest, daß allen bisherigen Untersuchungen „durchgängig bei der Erfassung der Wirkung von Gewaltbildern ein wie auch immer erst zu entfaltender theoretischer Bezug zum System der kulturellen Geschlechterpolarität fehlt.“<sup>10</sup> dem m. E. jedoch die Bedeutung eines zentralen Faktors zukommt.

8 vgl. hierzu ausführlich: Ulrike Teubner, Gewalt der Bilder – Gewalt der Verhältnisse, Wenn die Bilder nicht mehr Bilder bleiben. Expertise zum Forschungsstand und zur Begründung neuer Forschungs- und Analysekonzepte, in: Feministisches Interdisziplinäres Forschungsinstitut, (Hg.), Gewalt der Bilder – Gewalt der Verhältnisse, Zur Auseinandersetzung mit Gewalt gegen Frauen in Videofilmen, Dokumentation der Fachtagung am 30./31.1.86 in Frankfurt/M., S. 7 ff.

9 wie Anm. 8

10 Carol Hagemann-White, Zur Problematik des Begriffs weibliche Sozialisation – Überlegungen zu einer Theorie der Sozialpsychologie der Geschlechter, in: Beiträge zur Frauenforschung am 21. Deutschen Soziologentag, Bamberg 1982

Eine kritische Bestandsaufnahme der Wirkungsforschung haben Herbert Selg und Mathilde Bauer in der Studie „Pornografie – Psychologische Beiträge zur Wirkungsforschung“<sup>11</sup> vorgelegt. Trotz aller oben von Teubner entwickelten Anforderungen an zukünftige Forschungen, kann zumindest eine These der Wirkungsforschung inzwischen als eindeutig unhaltbar zurückgewiesen werden: die Katharsishypothese, die besagt, das Gewalterleben im Bild enthebe den gewaltgeneigten potentiellen Täter der Notwendigkeit, Gewalt tatsächlich auszuüben.

Es ist nicht mehr zu bezweifeln, daß die Darstellung von „sexueller Gewalt“ gegen Frauen auch bei konkreten Tätern die Legitimationsmuster für tatsächliche Gewalttätigkeiten zumindest bestärkt, wenn nicht gar liefert. Insbesondere ist nachgewiesen worden, daß die „Akzeptanz von Vergewaltigungsmethoden“<sup>12</sup> (im Film z. B. wird ein Orgasmus der vergewaltigten Frau gezeigt!) unter dem Einfluß einer bestimmten Art von Pornografie steigt.

Unbestritten auch werden sich Frauen und Mädchen, wenn sie in Zukunft in größerem Ausmaß zu den Konsumenten der harten, gewalttätigen Pornografie gehören sollten, in ‚ihre‘ vorgegebenen Opferrollen einüben können: eine reale Gefahr ist hier solange anzunehmen, wie es Mädchen und Frauen nicht in anderen gesellschaftlichen Bereichen gelungen ist, ein Widerstandspotential zu entwickeln.

Die bedrohlichsten Auswirkungen aber sehe ich in einer sich ständig verbreiternden Abstumpfung aller Betrachter, die mit einem Übermaß von Reizen aus den Bildmedien überflutet werden<sup>13</sup>: Eine Gleichgültigkeit und Oberflächlichkeit nicht gegenüber den Bildern von sexueller Gewalt, sondern gegenüber deren tatsächlicher Ausübung. Wie anders ist es erklärlich, wenn eine Frau auf einem Bahnsteig der Pariser Metro zur Hauptverkehrszeit im Beisein einer Menge von anderen U-Bahnfahrern vergewaltigt wird, ohne daß auch hier nur eine oder einer von ihnen eingreift. Zwei Beispiele dieser Art aus dem Paris des Sommers 1986.

Ist danach also noch keine interdisziplinäre sozialwissenschaftliche Theorie der Massenkommunikation im vorgestellten Sinne entwickelt worden, so ist doch hinzuweisen auf die lange Tradition feministischer Theoretikerinnen und Filmemacherinnen, die daran gingen, das angeblich Weibliche dem männlichen Blick zu entwenden und Gegenentwürfe weiblicher Emanzipation, selbstbestimmter – zumindest nicht mehr von Männern fremdbestimmter – Lebenszusammenhänge und *Bilder* zu schaffen.<sup>14</sup> Künstlerinnen setzen stereotypen Klischees von weiblicher Sexualität in Vagina-, Klitoris- und Menstruationsbil-

11 Herbert Selg, Mathilde Bauer, Pornografie, Psychologische Beiträge zur Wirkungsforschung, Bern 1986

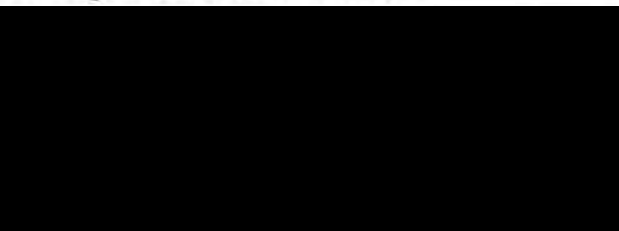
12 Selg, Bauer, a. a. O., S. 150

13 vgl. dazu Donnerstein, E. und Linz, D., Sexual violence in the media: A Warning, Psychology Today, 1984, I, S. 14-15, (zitiert nach Selg, a. a. O., S. 151)

14 vgl. Stephanie Hetze, Happy-End für wen? Kino und lesbische Frauen, Frankfurt/M. 1986

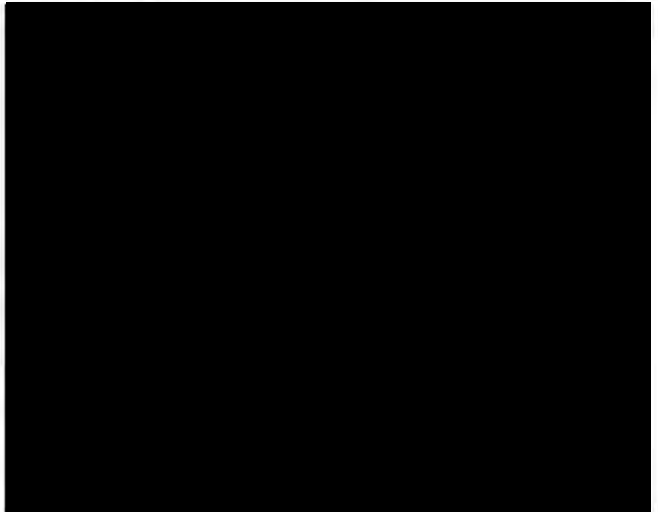
dem (z.B. Judy Chicago) eine Selbstdarstellung von Sexualität entgegen, die nunmehr das Phallische ausblendet<sup>15</sup> und sich insbesondere auch gegen freud-sche Weiblichkeitsmythen wendet.

Inzwischen sind die Selbstdarstellungen von Künstlerinnen zahlreich, die sich nicht in die Gefahrenzone begeben, weibliche Sexualorgane zu fetischisieren, sondern die in Aktbildern und Self-Performances zu anti-sexistischen und erotischen Kunstformen und -darbietungen gelangen (Valie Export, Renate Bertlmann, Friederike Petzold und viele mehr).<sup>16</sup> Wenigen Künstlerinnen (Malerinnen z.B.) ist es gar gelungen, das Tabu des Männerkörpers und des männlichen Aktes für sich zu durchbrechen und in ihre Gestaltung miteinzubeziehen – hier sind sie zu demaskierenden Bildern, teilweise Karikaturen gelangt. Selbstbewußt thematisiert wird auch das gesellschaftlich herrschende Männerbild sowie das Frauenbild von Satirikerinnen, wie Erna Frank: „Humor und fröhliche Aggression verrät Erna Frank in ihren drollig-traurigen Karikaturen des proletari-sierten Wiener Spießbürgers, der, in zwielichtigen Kellerwohnungen lebend, wie ein Delinquent mit dem Kopf zur nackten Wand stehend oder kniend Sexualität wie einen Strafvollzug erlebt. Zum Zeichen seiner gestörten Potenz, seiner Verweiblichung oder „Fehlidentifikation“ hat ihm die Künstlerin einige transvestitische Utensilien angezogen; sie verdickt ihn bewegungsunfähig zu einer wurst- und strudelförmigen Knetmasse, die männlichen wie weiblichen Figuren nehmen manchmal die Form ihrer Liebesspeisen an, Korpulenz wird zum Hauptsymbol der Impotenz (Abb. 73). Männliche Phantasie sieht Erna Frank sich in sadomasochistischen Ritualen ausleben. Der weibliche Partner erscheint auch in verkitschter Tiergestalt, als liebes Schweinchen, als mißbrauchte Henne und dressiertes Hündchen mit Reizwäsche oder als Engel an einem Strick hängend (Abb. 74). „Tierliebe“ (1979) und Tiere symbolisieren im mittelalterlichen Bestiar wenig schmeichelhafte menschliche Eigenschaften, bei Erna Frank die perverse Verfügbarkeit und Unterwürfigkeit des weiblichen Körpers.“<sup>17</sup>



Als Karikaturistin sei in diesem Zusammenhang vor allem Renate Bertlmann genannt, mit ihren „gänzlich respektlosen, die selbstbewußte virile Genitalität bloßstellenden Objekt- und Bildmontagen, denen man nichts mehr von der noch bei Freud diagnostizierten, für ihn kulturell durchaus wertvollen, sensiblen „Unfähigkeit des Weibes, das unverhüllte Sexuelle zu ertragen“, anmerkt, Bertlmanns Vertreterkoffer mit „Präservativwurfmessern“, die

zwei Penisschäften nachgebildete Steinschleuder, der mit ausgestopften Gummipräservativen bestückte „Patronengürtel“, die zum Motivbild erkorene „Reliquie des Heiligen Erectus“ sind eine doppelte Kampfansage gegen die pornographische Gewalt des Mannes und sein Lustprivileg in der patriarchalen Gesellschaft.“<sup>18</sup>



Die Beispiele von Künstlerinnen, die Frauenbilder und Männerbilder „neu“ erschaffen und nicht nur die Frau „männlichen Projektionszusammenhängen“ entwenden und in einer autonomen Wirklichkeit vorführen, lassen sich auch an einem Film demonstrieren. Die Drehbuchautorinnen und Regisseurinnen Monika Treut<sup>19</sup> und Elfie Mikesch haben in ihrem 1985 in die Kinos gelangten Film „Verführung – die grausame Frau“ das Bild einer „sadistischen Monsterlesbe“ gezeichnet, die „alle nur denkbaren männlichen und weiblichen Potenzsymbole ‚schamlos‘ und ohne Einschränkung . . . in sich vereinigt“ und „sich jeglicher Kategorisierung, wie ‚menschlich‘, ‚weiblich‘ oder ‚natürlich‘ entzieht.“ „Die von ihr (von Wanda, C.B.) und im Film inszenierte Grausamkeit sprengt die Zweisamkeit des Erlaubten und Verbotenen, die Ordnung.“<sup>20</sup>

Elfie Mikesch nennt ihren Film einen Spott über eine Kultur und Gesellschaft, die sich aller sadomasochistischen Mittel für ihr Machtgefüge bedient, sie aber gleichzeitig verleugnet. Ein Film der keinen offenen Sex zeigt – ein Film, der gnadenlos in Frage stellt und nicht auf hinlänglich bekannte Frauenbilder – der liebevollen und gütigen Frauenfreundschaft – zurückgreift. Ein Film, der keinen Orgasmus, keine Vereinigung der Geschlechtsorgane, keinen klassischen Klimax der Handlung kennt. Die Dramaturgie funktioniert wie die klassische masochistische Lust, über Momente wie Aufschub der Spannung, Warten, eben der Suspense, der die Phantasie ins

15 Gisliind Nabakowski, zitiert nach Gorsen a. a. O., S. 160

16 Peter Gorsen, a. a. O., S. 161

17 ders., S. 186 - 188

18 ders., S. 191

19 vgl. von Monika Treut auch ihre theoretische Schrift: Die grausame Frau – zum Frauenbild bei de Sade und Sacher-Masoch, Frankfurt, Basel 1984

20 Hetze, a. a. O., S. 127

Schweben bringen soll.<sup>21</sup> Auf das Thema Pornografie angesprochen, antwortet Elfie Mikesch in dem Interview, jede Langnese-Reklame sei offenerherziger.

Der Film wurde 1985 auf dem Filmfestival von Toronto als einziger von über 200 Beiträgen von der kanadischen Zensurbehörde verboten – mit der Begründung, er sei pornografisch und verletze *Diewürdederfrau*. Hier sind offensichtlich stärkere Emotionen als patriarchale Empfindlichkeiten bei einzelnen männlichen Zuschauern geweckt worden; hier haben sich moralisierende Antipornografen und Frauenbeschützer mit aller ihnen zustehenden richterlichen Entscheidungsmacht gegen ein autonomes Frauenbild „gewehrt“.

Auch deutsche Richter haben schon ein prägnantes Beispiel dafür gegeben, wie sich *Diewürdederfrau* in ihren Händen ausmacht. Im Jahre 1981 untersagten die Richter des Bundesverwaltungsgerichts in ihrem Urteil die Durchführung der sog. Peep-Shows, weil dies gem. Art 1 GG zum Schutze der Menschenwürde erforderlich sei. Mag man nach Kenntnis drastischer Schilderungen von Peep-Show-Tänzerinnen über männliches Sexualverhalten in ‚Boxen‘ hinter Sichtklappen ...<sup>22</sup> noch denken, die Richter wollten die Manneswürde vor derart erbärmlicher Betätigung schützen, belehren sie uns selbst eines Besseren: es käme den Darstellerinnen in der Peep-Show eine „entwürdigende objektive Rolle“ zu, lautete ihre Begründung.<sup>23</sup>

Alle zuvor dargestellten autonomen Entwürfe von Künstlerinnen, weibliches und/oder männliches Sexuelles außerhalb der androzentrierten Rollenzuweisung darzustellen, sind geradezu prädestiniert, staatliche Verbotsgesetze am eigenen Leibe zu erfahren. Vielen Leserinnen und Lesern mag die Gefahr gering erscheinen, hat man doch von derlei Treiben der Justiz noch kein alarmierendes Beispiel erhalten. Trotzdem halte ich die These aufrecht, daß diese Gegenentwürfe von Frauen die ersten sein werden, die nach einer Belebung der Antipornografiedebatte verbunden mit dem Ruf nach schärferen Verbotsgesetzen, zumindest indiziert, wenn nicht gar kriminalisiert werden.

Eine genauere Betrachtung der deutschen Rechtsprechung zum Bereich der Presse- und Kunstfreiheit läßt konstatieren, daß dort ein äußerst prekäres Gleichgewicht zwischen der Gewährung und der Einschränkung dieser Grundrechte auszumachen ist. Trotz abschreckender Erfahrungen mit staatlich sanktionierter Kunst und allesumfassender Zensur gilt es immer noch als wenig selbstverständlich, daß der Kunstfreiheit ein Vorrang vor anderen rechtlich geschützten Interessen, wie z. B. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, eingeräumt wird.

Lothar Zechlin hat in seinem Artikel „Gerichtliche Verbote zeitkritischer Kunst“<sup>24</sup> am Beispiel insbesondere von Parodie, Satire, Schlüsselroman und personalem Roman die Gründe für die Privilegierung der Kunst gegenüber der Presse- und Meinungsfreiheit durch das Grundgesetz dargestellt und demgegenüber die Tendenzen in der Rechtsprechung aufgezeigt, sie trotzdem den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG zu unterstellen. Die gegenwärtige rechtliche Situation soll im Folgenden vorrangig am Beispiel des Mediums Film erläutert werden.

Die Filmfreiheit gehört zu den nach Art. 5 GG geschützten Grundrechten der Meinungs- und Informationsfreiheit, da Filmwerke Meinungsäußerungen und Informationen enthalten. Dazu rechnen auch Werke rein unterhaltenden Charakters, da aus Art. 5 GG ein weitgehender Schutz aller geistigen Äußerungen und Schöpfungen zu entnehmen ist und auch reine Unterhaltungsfilm- oder Fernsehsendungen immer ein Minimum an Meinungsäußerungen und Informationen bringen.<sup>25</sup> Diese Filmfreiheit umfaßt das Recht, Meinungsäußerungen und Informationen unbegrenzt der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Das geschieht u. a. auch durch Vermieten und Verleihen von Videokassetten etc.

Dieses Grundrecht findet seine Grenze nach Art. 5 Abs. 2 GG in den allgemeinen Gesetzen sowie den Vorschriften des Jugendschutzes. Verfassungsrechtliche Schranken sind vor allem die Würde des Menschen und der Schutz der Familie, Gesetzes-schranken sind die einschlägigen Strafgesetze. Die Filmfreiheit kann sich ferner auf das in Art. 5 GG zusätzlich verankerte Zensurverbot berufen.

Soweit ein Filmwerk sich als ein Produkt der Kunst ausweist, genießt es nach Art. 5 Abs. 3 GG noch weitergehende Freiheitsrechte. Es ist nicht nur gegen Vorzensur geschützt, sondern auch gegen Einschränkungen durch hoheitliche staatliche Nachzensur, die sich auf die allgemeinen Gesetze und das Sittengesetz stützt. Es kann nur durch andere im Einzelfall höherwertige Grundrechte (z. B. Würde des Menschen) beschränkt werden.

Es ist unschwer zu erkennen, daß schon dieser kurze Abriss eine Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen enthält, die von den jeweiligen Rechtsanwendern möglichst präzise auszulegen sind.

Die erste Schwierigkeit besteht darin, abzugrenzen, bei welchem Filmwerk es sich um Kunst und bei welchem um Nicht-Kunst handelt. Zu klären ist also, welchem Filmwerk oder Bildwerk die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG zukommen soll. Für die Definition sind gegenwärtig in der Rechtsprechung und Literatur „formale und materielle Varianten eines individualistischen Kunstverständ-

21 Monika Treut und Elfie Mikesch, im Interview mit Ripplloh, TIP 3, 1986, S. 46 - 49

22 vgl. die Veröffentlichungen zum Thema Peep-Show, in: Hydra Nachtexpress, Zeitung für Bar, Bordell und Bordstein, 3. Jg., Heft 1, Juli 1982, Berlin, S. 10 - 12 und 13 - 14

23 BVerwG, Urteil vom 15.12.81, Az: 1 C 232.79

24 Lothar Zechlin, Gerichtliche Verbote zeitkritischer Kunst, in Kritische Justiz, 3/1982, S. 248 ff.

25 von Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 2. Aufl., 1984, S. 1

nisses" „vorherrschend".<sup>26</sup> „Danach ist ‚das Wesentliche der künstlerischen Betätigung die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden'.<sup>27</sup> Andere Autoren betonen, daß eine materielle Definition der Kunst durch den Staat verboten sein muß. Sie sehen die Differenzierung des Kunstbegriffs nach Werktypen wie z.B. der Plastik, des Bildwerks oder Filmwerks als ausreichend an. Alle diese Begriffsbildungen können nicht befriedigen, weil Kunst sich nicht begrifflich festlegen läßt. Nur das eine ist als Ergebnis festzuhalten, daß nämlich der Schutz der Kunst nicht nach staatlich definierten Qualitätsstandards differenziert werden darf. „Der interpretative ästhetische Anspruch eines Werkes ist grundsätzlich beim Wort zu nehmen."<sup>28</sup>

Da selbstverständlich nicht jede Darstellung sexueller Gewalt abzulehnen ist, sondern z.B. auch zu einer Aufklärung über das Geschlechterverhältnis oder die Destruktionen männlicher sexueller Machtausübung führen kann, halte ich es auch vor den dargestellten Kunstbegriffen für schwierig, eigene Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Wer vermag – zumindest in Grenzfällen – zu bestimmen, ob ein Bild zum reinen Selbstzweck Gewalt darstellt oder, ob der Gewaltdarstellung eine Bedeutung für die ästhetische Form zukommt.

Die Diskussion um die Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst ist jedoch in den vergangenen Jahren in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung entscheidend entschärft worden, weil allgemein anerkannt wurde, daß auch die Kunst sich nicht schrankenfrei äußern darf. So vertreten einige Autoren die Meinung, daß auch für die Kunstfreiheit die Einschränkungen des Abs. 2 – die sog. Schrankentrias gelten solle. Im sogenannten Mephisto-Urteil hat das BVerfG demgegenüber klargestellt,<sup>29</sup> daß dies nicht zutrifft, sondern daß allein die grundgesetzliche Wertordnung der Kunstfreiheit Schranken setzen kann, insbesondere „das allgemeine, in Art 1 Abs. 1, 2 verbürgte Persönlichkeitsrecht". D.h., daß nicht auf einzelne Strafgesetze zurückgegriffen werden darf, um ein Kunstwerk zu verbieten oder Teile und Passagen desselben zu zensieren, sondern daß eine Abwägung von Rechtsgütern, denen Verfassungsrang zugesprochen wird, vorgenommen wird.

Kurzum: Selbst wenn man Gewaltvideos als Kunstwerke einstufen wollte, könnten die Rechtsanwender – insbesondere Richter und Richterinnen – die meisten der uns hier interessierenden Bilder verbieten – so z.B. mit der Begründung, daß die Menschenwürde von Frauen in einem derartigen Maße verletzt sei, daß dahinter die Kunstfreiheit zurücktreten müsse. Dies läuft praktisch darauf hinaus, daß einzelne Grundrechte gegeneinander abgewogen werden; und *abgewogen* werden stets solche Konfliktlösungen sein, die einen bestimmten gesellschaftlichen Konsens nicht bedrohen.<sup>30</sup>

Meine oben gewählten Beispiele zeigen auf, welche Gefahr es in sich birgt, wenn man von Rechtsanwendern den Schutz der Würde-der-Frau erwartet: Der unbestimmte Rechtsbegriff wird mit dem jeweils vorherrschenden gesellschaftlich akzeptierten Frauenbild gleichgesetzt und darüber hinaus werden die Ansätze von Künstlerinnen, sich außerhalb der gängigen Frauenbilder zu bewegen, sanktioniert. Daß dies nicht ein weit entfernt liegendes einmaliges „Fehlurteil" eines kanadischen Gerichtes ist, sondern der bundesrepublikanischen Wirklichkeit sehr nahe kommt, beweist schließlich die Tatsache, daß Bundesinnenminister Zimmermann dem Film die Filmförderung strich. Daß auch die Rechtsprechung bei der Auslegung des Begriffes ‚Würde der Frau' über das Ziel hinausschießt und sich gar anmaßt, die Peep-Show-Tänzerinnen vor sich selbst zu schützen, beweist das oben zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes. Die Auslegung läßt außer acht, daß die Menschenwürde wesentlich bestimmt wird durch die Freiheit zur Entscheidung über die eigene Person. „Von diesem Freiheitsraum erfaßt wird auch die Entscheidung einer Frau, als Darstellerin in einer Peep-Show aufzutreten, selbst wenn ihr dadurch eine „entwürdigende objekthafte Rolle" zukommen sollte." Dies deshalb, weil nämlich viele Darstellerinnen „den Auftritt in einer Peep-Show als die weniger belastende Alternative zur Prostitution sehen dürften".<sup>31</sup>

Nicht zuletzt hat mich die geschichtliche Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung neben diesen aktuellen Beispielen mißtrauisch werden lassen gegenüber staatlichen Verboten im Bereich der bildlichen Darstellungen. Im Nationalsozialismus gehörten die provokanten Gegenentwürfe von Frauenleben und Frauenhandeln zu den ersten, die von den Nazis verboten wurden: Im Jahre 1933 wurde der Film „Anna und Elisabeth" in den Lichtspieltheatern gezeigt, der die Beziehung zweier Frauen in den Mittelpunkt des filmischen Geschehens rückte. Noch bevor es das verschärfte NS-Lichtspielgesetz vom 16. Febr. 1934 gab, wurde dieser Film, der eine lesbisch zu nennende Frauenbeziehung zum Inhalt hat, nach nur 14 Tagen Laufzeit verboten.<sup>32</sup>

Mein Anliegen ist es, die mögliche Forderung nach einer verschärften Verbotspraxis nicht losgelöst von den gegenwärtigen Entwicklungen im Bereich der Frauen betreffenden Politik zu sehen und

26 Reihe Alternativ Kommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Ladeur, Art. 5, Abs. 3 II 9

27 BVerfG E 30, 173, 188

BVerfG E 31, 229, 338 f.

28 AK-GG-Ladeur, Art. 5 Abs. 3 II 10

29 BVerfG E 30, 173, 193 (sog. Mephisto-Urteil)

30 AK-GG-Ladeur, Art. 5 Abs. 3 II 14

31 Bayer. Verwaltungsgericht München, Urteil vom 21. Juni 1983, Az: M 3919 XVI 82, Urteilsgründe S. 11

32 Hetze, a. a. O., S. 20

mögliche Parallelen der Bundesrepublik zu der amerikanischen Entwicklung zumindest nicht auszuschließen: Während in den USA nach einer Phase von frauenfreundlichen, auch gesetzlichen, Regelungen sich die politische Rechte verstärkte und eine reaktionäre Sexualpolitik durchsetzte gegen die Unterstützung von Frauen aus öffentlichen Mitteln bei Abtreibungen, gegen die Rechte von Schwulen und Lesben, gegen Sexualaufklärung und Verhütungsmöglichkeiten für Jugendliche, sind auch hier in Deutschland erste Ansätze einer solchen Entwicklung beobachtbar: Zu denken ist z. B. an die Verschärfung im Unterhaltsrecht zulasten geschiedener Frauen, die verschärfte Handhabung des § 218, oder der Versuch, die Öffentlichkeit aus Vergewaltigungsverfahren zurückzudrängen.

Meine Bedenken gegen eine entsprechende feministische Rechtspolitik schließen auf der anderen Seite nicht aus, daß man sich bestehender Verbots-gesetze in Einzelfällen bedient, um eine öffentliche Diskussion über einzelne eindeutig brutale sexistische Darstellungen zu erreichen. Ich will daher im folgenden die beiden Strafvorschriften darstellen, die hier in Betracht kommen: § 131 StGB stellt die Verherrlichung oder Verharmlosung von grausamen oder sonst unmenschlichen Gewalttätigkeiten gegen Menschen unter Strafe, während § 184 Abs. 1 StGB die Verbreitung (und andere Tathandlungen) pornografischer Schriften an Jugendliche unter 18 Jahren oder die ungewünschte Belieferung von Erwachsenen verbietet. Abs. 3 dieser Vorschrift enthält ein generelles Verbreitungsverbot der pornografischen Schrif-

Meine These lautet, daß immer dann, wenn herrschende gesellschaftliche Kräfte ein einseitiges, reduziertes, auf Heterosexualität und Familienleben z. B. festgelegtes Frauenbild und Frauendasein durchsetzen wollen, die staatliche Verbotspraxis sich auch gegen nicht angepaßte, ungewöhnliche Frauenbilder im Film- und Videobereich richten wird. Aus diesem tiefsten Mißtrauen gegenüber einer androzentrierten Justiz, der ich nicht die Verantwortung für die Integrität von Frauen anvertrauen will, plädiere ich gegen den pauschalen Ruf nach staatlichen Verbots-gesetzen und deren schärfere Anwendung, der die aufgezeigten Gefahren für die Kunstproduktion von Frauen nicht mitreflektiert.<sup>33</sup>

33 vgl. dazu die Diskussion auf dem Kongreß „Gegen Gewalt gegen Frauen“ in Berlin v. 24. - 26. Oktober 1986, soweit sie von Gitti Hentschel in der TAZ vom 28.10.86 in dem Artikel: Pornographie: Freiheit, die sie meinen, dargestellt wurden. Siehe auch M. Neef-Uthoff, Dem Zeitgeist verschlug es die Sprache, a. a. O.

ten, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Mißbrauch von Kindern oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben.

Wenn auch brutale Gewaltdarstellungen z. B. in Video-Filmen hierunter leicht subsumiert werden könnten, will ich doch auf einige Aspekte der Rechtsprechung hinweisen, die die Anwendung dieser Verbots-gesetze beschränken: Nicht erfaßt werden nämlich von dem Begriff der Gewalttätigkeit beispielsweise Bedrohungen, auch wenn sie noch so gefährlich erscheinen oder Ansätze von Gewalteinwirkungen, die nicht zum Erfolg führen. Bei einem juristischen Kommentator – von Hartlieb – habe ich hier bezeichnenderweise die Beispiele gefunden, die uns besonders interessieren könnten: Nicht strafbar soll danach die Darstellung eines mit vorgehaltenem Revolver erzwungenen Beischlafs sein oder das Herunterreißen der Kleider einer Frau mit der Absicht der Vergewaltigung.<sup>34</sup>

34 von Hartlieb, a. a. O., 3. Kapitel, Rn 2



Der vorläufige Entwurf der Grünen Frauen für ein Anti-Diskriminierungsgesetz – hier zum § 184 StGB – verfolgte offenbar mit der Ersetzung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Gewalttätigkeit“ durch „Gewalt“ die Intention, auch besagte Bedrohungen mit der Vorschrift zu erfassen.<sup>35</sup> Es läge jedoch näher, anstelle einer ebenso unbestimmten Gesetzesänderung gegenüber der Justiz zu verdeutlichen, daß der unbestimmte Rechtsbegriff „Gewalttätigkeit“ in Beispielen wie den zitierten als erfüllt angesehen werden muß.

Die Vorschrift des § 131 StGB wurde Anfang 1985 verschärft: Neben der grausamen Gewaltschilderung und der Verherrlichung oder Verharmlosung von Gewalttätigkeiten sind jetzt auch Gewaltdarstellungen verboten, bei denen das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise dargestellt wird. Auch nach der neuen Fassung kommt es immer auf die Darstellung und nicht auf den dargestellten Inhalt an. „Es können also durchaus grausame Vorgänge in Kinofilmen oder Bildträgern wiedergegeben werden. Es darf dies nicht nur zu einer Art der Darstellung führen, die ihrerseits die Menschenwürde verletzt oder gewaltverherrlichend oder gewaltverharmlosend wirkt.“<sup>36</sup>

Obwohl auch diese unbestimmten Rechtsbegriffe schwierig zu füllen sind, wird durch die Eingrenzung der Vorschrift auf der anderen Seite verhindert, daß beispielsweise Videofilme wie „Züri bränt“ mit der Bestimmung des § 131 StGB kriminalisiert werden. Auch bei der Auslegung der Rechtsbegriffe des § 131 wird letztlich wieder auf die Menschenwürde zurückgegriffen. Auch hier ist also Vorsicht geboten und immer mitzureflectieren, wie schwierig es ist, die jeweiligen Rechtsanwender zu einem nicht-sexistischen Verständnis von der Würde bzw. Integrität einer Frau zu bringen, solange diese sich anmaßen, Frauen in weiten Bereichen das Selbstbestimmungsrecht abzuspochen und sie gar vor sich selbst schützen zu wollen.

Das Verbotsgesetz gegen Pornografie – § 184 StGB – soll nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem dem Jugendschutz, teilweise aber auch dem Schutz desjenigen dienen, der mit Pornografie nicht konfrontiert zu werden wünscht. Dabei unterscheidet das Gesetz bei der Bestrafung zwischen einfacher und harter Pornografie. Während man das Gefährdungsrisko für Jugendliche bei Kenntnisnahme einfacher Pornografie als gering einschätzt, haben Sachverständige bei der Anhörung im Gesetzgebungsverfahren Anfang der 70er Jahre die Ansicht vertreten,<sup>37</sup> daß die Entwicklung von Jugendlichen unter bestimmten Umständen durch harte Pornografie gefährdet werden könnte: So beim Vorliegen besonderer Komponenten in der Persönlichkeitsstruktur eines jungen Menschen oder beim Vorhandensein negativer soziologischer Voraussetzungen, wenn z. B. das Elternhaus keine Gegenmotivation zu setzen vermag.

Während nach der alten Rechtsprechung und der alten Gesetzesfassung das Gesetz noch dem „Schutz der Sexualverfassung“ dienen sollte, und bei der Auslegung des alten Begriffs von „unzüchtigen Schriften“ darauf abgestellt wurde, ob die Schrift oder die Bilder objektiv geeignet waren, „das Scham- und Sittlichkeitsgefühl des normal empfindenden Menschen in geschlechtlicher Beziehung gröblich zu verletzen“, hatte die Rechtsprechung in den letzten Jahren die Auslegung des Begriffes „pornografisch“ erfreulicherweise versachlicht: Es wurde festgestellt, daß es nicht Sache des Strafrechts sei, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es solle nur die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen geschützt werden.

Heute gilt überwiegend die Definition, nach der pornografische Darstellungen zum Ausdruck bringen, daß sie ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielen und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen „Grenzen des sexuellen Anstandes eindeutig überschreiten“.<sup>38</sup> Indizien für das Vorliegen von Pornografie sollen danach sein: „der Verfall in die Sinnlichkeit, die Zunahme der Frequenz der sexuellen Betätigung und parallel dazu die abnehmende Satisfaktion, Promiskuität und Anonymität, der Ausbau der Phantasie und von Praktiken der Betätigung, Süchtigkeit und dranghafte Unruhe, Darstellungen, in denen eine Frau zur Ware und zum reinen Lustobjekt erniedrigt wird, Handlungen wie von Maschinen, deren Teile auswechselbar sind, Isolierung der Sexualität vom Humanen, Lustgewinn ohne Schicksal und Liebe“. Bei einem längeren Text oder zusammenhängenden Bildmaterial soll es auf die Gesamttendenz ankommen.<sup>39</sup> Bei dieser Art der Definition wird immer wieder auf angeblich allgemeinverbindliche Standards und Wertvorstellungen rekurriert. So wird in Zeiten ‚reaktionärer‘ Familienpolitik beispielsweise auf die Durchsetzung von Zwangsheterosexualität in geordneten und kontrollierbaren Beziehungsformen gedrungen werden. Daß neben Filmen auch andere nicht sexistische oder am herrschenden androzentrierten Sexualverständnis orientierte Darstellungen oder sogar wissenschaftliche Arbeiten zum Thema Sexualität mit dem Pornografieverbot kriminalisiert werden können, beweist die folgende Zeitungsmeldung:

35 Die Grünen, Dagmar Kampf und Birgit Laubach (Bearbeiterinnen), Vorläufiger Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes, Bonn 1985, S. 46 - 47. Die Grünen Frauen haben sich in der Zwischenzeit von ihrem Vorschlag zum § 184 StGB wieder distanziert.

36 von Hartlieb, NJW 85, S. 834

37 Alexander Mitscherlich, Prot., 6. Wahlperiode, S. 968

38 Prof. & Wahlperiode, S. 1932 (In Anlehnung an den US-amerikanischen Supreme Court)

39 Leipziger Kommentar, HG. Jeschek u. a., Berlin/New York 1978 ff., Laufhütte, § 184 Rn 17 Ziff. 5

Am 19. Juni 1985 hat das Amtsgericht Eutin die Beschlagnahme des seit Jahren im Handel befindlichen Buches von Nancy Friday ‚Die sexuellen Phantasien der Männer‘ durch die Staatsanwaltschaft Lübeck bestätigt. Und bereits am 31. Mai hatte die Bundesprüfstelle sowohl ‚Die sexuellen Phantasien der Männer‘ wie auch ‚Die sexuellen Phantasien der Frauen‘ aus dem Verkehr gezogen. ‚Im Zeitalter der Gleichberechtigung sind gleich beide indiziert‘, bestätigte mir Rudolf Stefen, der Chef der Bundesprüfstelle, mit dem ihm eigenen Humor. Das mit der Gleichberechtigung wird man ihm nicht glauben müssen – denn es sind vor allem Männer, die an der Unterdrückung von Nancy Fridays Werk interessiert sein müssen. Sie hat 200 von 3000 Briefen über sexuelle Phantasien gedruckt, die ihr US-Amerikaner zwischen 14 und 60 Jahren nach einer entsprechenden Aufforderung schickten. Und sie hat diese Briefe analysiert. Ergebnis: in den Schmutzdelzenen der Sexualität sind Männer führend, Frauen eher zurückhaltend. Viele Männer träumen von einer Frau, deren höchste Leidenschaft es ist, den Samen des Mannes zu schlürfen wie reinsten Nektar. Männer erfreuen sich an Pornovergnügen wie der ‚Goldenen Dusche‘, bei denen Schauer von Urin fließen – Frauen weniger. Die meisten Frauen halten auch nichts von Anal-Sex. ‚Aber‘, so Nancy Friday, ‚für viele Männer ist eine Frau, die analen Geschlechtsverkehr mag, das Höchste. Es ist der verbotenste, der schmutzigste Sex von allen.‘

Nancy Friday sieht darin einen Protest gegen die frühkindliche Sauberkeitserziehung durch die Mutter, die jetzt von den Männern dem gleichen Geschlecht, dem die Mutter angehört, heimgezahlt werden soll. Man mag von diesem Ergebnis halten, was man will. Eindeutig ist, daß wir es hier mit Wissenschaft und nicht mit Pornografie zu tun haben, mit einem Ergebnis freilich, das einer von Männern beherrschten Gesellschaft unangenehm ist. Urteilsspruch der Bundesprüfstelle darum wörtlich: „sozialethisch desorientierend bis pornographisch.“<sup>40</sup>

Ein letztes Beispiel für den Verhinderungswillen der narzistisch Gekränkten, die nicht zuletzt auch um ihre Pfründe bangen, sind die Reaktionen der Vertriebe und Zeitungsgrossisten, die sich seit Anfang November 1987 weigern, die Frauenzeitschrift EMMA mit dem zweiten Teil ihrer Anti-Porno-Kampagne auszuliefern. Der Versuch, die Kampagne ökonomisch zu treffen, wird unter dem Deckmantel der besonderen Gesetzestreue geführt: die zur Illustration und Textverdeutlichung dargestellten Bilder aus dem Hardcore-Pornografie-Bereich verstießen gegen § 184 StGB, lassen die Unterstützer der Pornografen wissen. Daß den antisexistischen Zielsetzungen der EMMA auch von gerichtlicher Seite keine Unter-

stützung widerfahren kann, hat das LG München – um Erlaß einer Einstweiligen Verfügung angegangen – klargemacht: zwar wird der antipornografische Gesamttenor der Kampagne erkannt, doch könne man sich in einem derartigen Grenzfall nicht dazu durchringen, die Grossisten zur Auslieferung zu zwingen.<sup>41</sup>

Ein makabres Beispiel für meine These, daß im Rahmen von Presse- und Meinungsfreiheit und von Kunstfreiheit als erstes die anti-sexistischen, die selbst-imaginierten, ungewöhnlichen Frauenbilder negativ von der Rechtsprechung sanktioniert werden. Daß eine Gegenmacht zur Pornografie und zu Gewaltvideos nur durch viel umfangreichere und selbstbewußtere Gegenentwürfe von feministischen Künstlerinnen und Grafikerinnen – zumindest für den Konsum von Frauen – geschaffen werden kann, habe ich zu verdeutlichen versucht. Dazu ist es erforderlich, erweiterte Aktionsräume für Frauen in der Kulturproduktion, in den Medien und in der Wissenschaft zu schaffen.

Meine Gedanken verstehe ich als Versuch des Gegensteuerns: entgegen einer von mir befürchteten Vereinfachung, bei der sich frauenbewegte und feministische Frauen beim Ruf nach dem Frühjahrsputz in den *Bildern* des Sexismus wiederfinden und den Widerstand gegen alltägliche und weniger alltägliche Gewalttaten in Phantasielosigkeit versanden lassen.<sup>42</sup>

40 Otto Köhler, Keim Pardon für die „sexuellen Phantasien“ Rowohlt unter Pornoverdacht, Auch „Mutzenbacherin“ bald wieder auf dem Index, in: Vorwärts v. 10. August 1985

41 Presseerklärung EMMA, Nov. 1987

42 Daß es hier für Künstlerinnen und Grafikerinnen noch viel zu entwickeln und zu entwerfen gibt, zeigen nicht

zuletzt auch im Bereich der Bewegung gegen Gewalt gegen Frauen und gegen sexuellen Mißbrauch von Mädchen die für Öffentlichkeitskampagnen benutzten Embleme, die das weibliche Opfer ins Blickfeld der Betrachter rücken und weit davon entfernt sind, männliche Gewalt zu decouvrieren; vgl. dazu: Heidrun Ehrhardt, Elisabeth Verbeet, Den Feind beim Namen nennen – sexuelle Gewalt gegen Mädchen, in: Beiträge z. fem. Theorie und Praxis, Heft 20, 87, S. 37 ff., insbes.: Das Täter Tabu, S. 41 ff.

Susanne Baer

## Neue Gesetze gegen Pornografie? Die Pornografiedebatte in den USA\*

Wie die Diskussion in den Niederlanden zeigt (vgl. STREIT 3/86), beinhaltet ein Vorgehen gegen Pornografie auf der strafrechtlichen Ebene (oder auch im Bereich der Indizierung jugendgefährdender Schriften als Zensurmaßnahme) Probleme, die sich mit feministischer Gesellschaftskritik nur schwer in Einklang bringen lassen. Einem männlich dominierten Staat ein Mittel in die Hand zu geben, um Pornografie zu bekämpfen, birgt Gefahren und Widersprüche in sich, die sich schnell zuungunsten von Frauen auswirken können.

In den USA gehört die Pornografie-Diskussion schon seit Jahren zu den „signifikantesten innenpolitischen Themen der Nation“ – so Ronald Reagan 1986 (Ms., June 1986, S. 52). Diese entzündete sich gerade auch innerhalb der Frauenbewegung u. a. an einem Gesetzentwurf, der, als Verfassungszusatz konzipiert, Frauen die Möglichkeit geben soll, auf dem Zivilrechtsweg mit Unterlassungs- und Schadensersatzklagen gegen Pornografie vorzugehen.\*\*

Auf der letzten Konferenz zu „Frauen und Recht“ in Chicago 1986 kam es zu erbitterten Auseinandersetzungen zwischen den Verfasserinnen dieses Gesetzentwurfes und den Frauen der sog. Anti-Zensur-Bewegung, die sich gegen rechtliche Maßnahmen aussprechen. Auf beiden Seiten Feministinnen, die sich schließlich auch vor Gericht widersahen – der Anti-Pornografie-Gesetzentwurf wurde von Landesgerichten für verfassungswidrig erklärt; eine Auffassung, der sich der Oberste Gerichtshof der USA 1986 anschloß (Hudnut vs American Booksellers Association, 771 F. 2d 323 (1985); affirmed by 106 S. Ct. 1172 (1986)).

Um die hiesige Debatte nicht von vornherein in die Sackgasse des Für und Wider von Zensurmaßnahmen abgleiten zu lassen, soll die US-amerikanische Pornografie-Diskussion um diesen Gesetzentwurf genauer dargestellt werden.

In den USA gab es schon immer Bürgerinitiativen gegen Pornografie. Sie gehörten zum rechts-religiösen Lager und sorgten dafür, daß die Obszönitätsgesetze restriktiv ausgelegt wurden. Danach galt jede Darstellung, die sexuell stimuliert oder erotisches Verlangen wecken soll, als verfassungsrechtlich ungeschützt und wurde der Zensur unterworfen, sofern ihr kein literarischer, künstlerischer, politischer oder wissenschaftlicher Wert zukam (Miller vs. Calif. 413

U. S. 11, 24 (1973)). Gänzlich verboten war die sog. „hard-core-pornography“, d.h. die unverhüllte Beschreibung sexueller Akte bzw. Abbildungen von Genitalien. Die Bestände öffentlicher Bibliotheken wurden in vielen Staaten nach strengsten pietistischen Maßstäben „sauber“ gehalten. Als in den 60er Jahren die Studenten- und Bürgerrechtsbewegung die „sexuelle Revolution“ (make love – not war) ausrief, änderte sich die Rechtsprechung nach und nach dahingehend, daß Pornografie nun als Abbildung von Ideen und Phantasien definiert und dem verfassungsrechtlichen Schutz der freien Meinungsäußerung unterstellt wurde. Das moralische Empfinden der Öffentlichkeit galt jetzt nur noch in soweit als schützenswert, als Einzelpersonen vor der ungewollten Konfrontation mit Pornografie geschützt werden sollten. Der Bericht einer 1970 eingesetzten Regierungskommission unterstützte diese Entwicklung (Report of the technical commission on obscenity and pornography, 1970-72, Washington D.C.). Die Pornoindustrie expandierte zu einem Industriezweig mit Gewinnspannen von 2 - 10 Milliarden Dollar jährlich.

Seit den 70er Jahren beschäftigen sich insbesondere die Frauen der Bewegung „Frauen gegen Gewalt gegen Frauen“ aus feministischer Sicht mit dem Thema Pornografie. Sie kommen zu dem Schluß, Pornografie sei kein Ausdruck oder Instrument sexueller Befreiung, sie fungiere auch nicht als Sicherheitsventil sondern sie habe gewaltfördernde Auswirkungen.

1986 veröffentlichte dann die sog. Meese-Kommission, die ebenfalls im Auftrag der Regierung Anhörungen und Untersuchungen zu Pornografie durchführte, ihre Ergebnisse (vgl. FR v. 11.7.86). Diese Kommission, die von vornherein als mit konservativen Moralisten besetzt kritisiert worden war, unterbreitete 93 Vorschläge unterschiedlichsten Gehalts: Mehr als die Hälfte befaßte sich mit den negativen Auswirkungen von Pornografie in moralischer Hinsicht, weshalb Pornografie auch nicht als Meinungsfreiheit von der Verfassung geschützt sei. Vielmehr handele es sich um reinen Sex, der im konservativen Amerika der 80er Jahre zumindest öffentlich nicht viele Anhänger findet. Dementsprechend stieß der Bericht auf einhellige Ablehnung: Den Moralisten war er zu hart, weil Playboy und Penthouse in einem Atemzug mit der möglichen Förderung von Gewalttaten genannt wurden; den Liberalen rief er zu laut nach Zensur und den Feministinnen war er zu moralisch und erfaßte vor allen Dingen die frauenspezifische Problematik von Pornografie überhaupt nicht.

\* Dieser Aufsatz beruht auf dem von der Verfasserin und Pamela Selwin erarbeiteten Beitrag auf dem Symposium „Gegen Gewalt gegen Frauen“ in Berlin am 26.10.86, „Die Pornografiedebatte in den USA“.

\*\* Der Gesetzentwurf ist auf S. 116 ff. dokumentiert.

Auf eben diese stützt sich jedoch der Gesetzentwurf, den Andrea Dworkin und Catherine A. MacKinnon erstmals 1983 in Minneapolis vorstellten. Daß dieser Entwurf mit dem Bericht der Meese-Kommission in einen Topf geworfen wird, beruht zu einem großen Teil auf Desinformation und Mißverständnissen sowie der undifferenzierten Verurteilung jeglicher Anti-Pornografie-Gesetzgebung. Es handelt sich nämlich bei ihrem Entwurf nicht um ein Strafgesetz, sondern vorrangig um die Normierung der Popularklage für Frauen aufgrund der geschlechtsspezifischen Diskriminierung durch Pornografie. Pornografie wird in einem frauenpolitischen Sinne neu definiert:

Obszönität ist in diesem Sinne eine moralische Vorstellung von einem Werturteil über gut und schlecht. Pornografie ist im Gegensatz dazu eine politische Praxis, die Praxis von Macht und Machtlosigkeit. Obszönität ist ideell und abstrakt. Pornografie ist konkret und substantiell. Die beiden Konzepte repräsentieren zwei vollkommen verschiedene Dinge.

Nacktheit, exzessive Offenheit, Erwecken von Erregung, anständiges Äußeres, Verbot von Aktdarstellungen und Begriffe wie Unnatürlichkeit und Perversion sind Merkmale, mit denen das Obszönitätsgesetz sich beschäftigt, wenn Sex abgebildet oder dargestellt wird. Sex, der wirklichen Frauen aufgezwungen wird, damit er mit Profit verkauft und anderen Frauen aufgezwungen werden kann, Frauenkörper, die gefesselt und verstümmelt werden, die zu Objekten gemacht werden, um verletzt, in Besitz genommen und betreten zu werden und dies alles präsentiert als Natur der Frau in einer Weise, die wieder und wieder aus- und durchgeführt wird – der sichtbare Zwang und der unsichtbar gewordene Zwang – dies und noch mehr beschäftigt Feministinnen im Hinblick auf Pornografie.

Obszönität als solche ist vermutlich kaum schädlich, (so der Bericht der Regierungskommission von 1970). Pornografie ist untrennbarer Bestandteil von Einstellungen und Verhaltensweisen der Gewalt und Unterdrückung, die die Behandlung und Stellung der Hälfte der Bevölkerung ausmacht.\*

Nach bisher geltendem Recht kann auch die sogenannte „harte“ Pornografie (d.h. solche, die deutlich Gewalt, sog. Perversionen, Sodomie darstellt,) nur mit den genannten Obszönitätsgesetzen angegriffen werden, die ihrer Struktur nach jedoch allein darauf angelegt sind, die öffentliche Moral zu schützen. Produkte, die nur willentlichen Pornokonsumenten zugänglich gemacht werden, können nur in der Produktionsphase angegriffen werden, soweit die sexuelle Gewalt, die den Darstellerinnen unheimlich häufig angetan wird (K. Barry, S. 166; Minneapolis Hearings), unter entsprechende Tatbestände wie Vergewaltigung, Freiheitsberaubung etc. fällt. Die Aktivität von Staatsanwaltschaft und Polizei läßt in diesem Bereich allerdings nicht nur aufgrund der schwierigen Beweislage zu wünschen übrig. Vielmehr hindert die starke Verflechtung organisierter Kriminalität mit der Porno-Industrie eine strafrechtliche Verfolgung. Schmiergelder sind nicht zuletzt eine gute Nebenerwerbsquelle.

\* aus: Catherine A. MacKinnon: Pornography, civil rights and speech, in: Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, Vol. 20 (1985), S. 1 ff (21 f.).

Diese Rechtslage sowie die Tendenz von Gesetzgebern auf Landes- und Stadtebene, den Handel mit Pornografie jeweils in die verarmten Stadtteile zu verbannen, machen nach Ansicht von Dworkin und MacKinnon andere Strategien gegen Pornografie notwendig. Keine Alternative sehen sie allerdings in einer direkten strafrechtlichen Sanktionierung von Pornografie. Grundsätzlich stehe dem der feministische Vorbehalt entgegen, daß ein patriarchaler Staat Recht nicht zugunsten von Frauen nutzen werde (vgl. auch Streit 3/86 S. 76 ff. zu den NL und den Artikel von C. Burgsmüller in diesem Heft). Das staatliche Verfolgungsinteresse werde sich immer zuerst gegen Frauen richten, wie einige Fälle der Beschlagnehmung feministischer Veröffentlichungen (our bodies – ourselves, Obszönitätsgesetze der Länder) gezeigt hätten.

Auf der juristischen Ebene könne nur im Bereich des Zivilrechts versucht werden, Frauen rechtliche Mittel gegen eine Diskriminierung oder reale Verletzung durch oder aufgrund von Pornografie in die Hand zu geben. Der Gesetzentwurf von Dworkin und MacKinnon (s. unten) ist dementsprechend im Rahmen einer Anti-Diskriminierungsgesetzgebung als Zusatz zum ersten Artikel der amerikanischen Verfassung (bzw. der des jeweiligen Staates der USA) konzipiert. Der erste Artikel („First Amendment“) beinhaltet – vergleichbar mit Art. 1 I, 2, 3 GG – das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz.

Pornografie wird deshalb als Grundrechtsverletzung von Frauen angesehen, weil sie „zentrale Bedeutung für die Schaffung und Aufrechterhaltung der Ungleichheit der Geschlechter hat“ und Frauen systematisch diskriminiert (vgl. Gesetzentwurf Präambel). Pornografie erotisiert Hierarchie und sexualisiert Ungleichheit, sie macht Unterwerfung und Herrschaft zu Sex, sie institutionalisiert männliche Herrschaft über Frauen. (MacKinnon, HCLLR, S. 18)

In den Anhörungen, die dem Gesetzentwurf in Minneapolis vorausgingen, berichteten Betroffene, daß sie mittels Pornografie zu sexuellen Handlungen gezwungen worden waren, daß sie in Stadtteilen, wo der Pornohandel größere Verbreitung fand, generell für Prostituierte gehalten wurden oder doch zumindest andauernder sexueller Belästigung ausgesetzt waren. Pornografie kann demnach nicht nur als „Ausdruck einer sexistischen Kultur“ (STREIT 3/86, S. 82) verstanden werden, sondern wird zu grausamer Realität für Frauen.

Eine auf dieser Auffassung basierende Anti-Diskriminierungs-Gesetzgebung mit der Möglichkeit von zivilrechtlichen Popularklagen schränkt gleichzeitig Grundrechte Dritter ein: Die Freiheit der Pornografen, ihren Beruf auszuüben, die Freiheit der Konsumenten, sich ungehindert zu bedienen. Diese verfassungsrechtlichen Vorbehalte trugen den größten Teil der Kritik an dem Gesetzentwurf: Nicht nur Playboy veröffentlichte am laufenden Band Artikel

über die Meinungsfreiheit, sondern auch die größte Bürgerrechtsorganisation der USA, die ACLU, betonte deren Wert im Allgemeinen und insbesondere auch im Hinblick auf Pornografie.

Wer die Einschränkung der Meinungsfreiheit von (in aller Regel) Männern als verfassungsrechtlich unzulässig ansieht, übersieht jedoch das grundlegende Ungleichgewicht zwischen den Geschlechtern im Hinblick auf die Nutzungsmöglichkeiten dieses Grundrechts. Wenn Pornografie Frauen systematisch diskriminiert und somit auch ihre „Meinungs- und Handlungsfreiheit unterminiert“ (Gesetzentwurf, Präambel), dann muß eine Güterabwägung zugunsten von Frauen ausfallen. Wird ein Teil der Bevölkerung seiner Grundrechte beraubt, so können die Grundrechte anderer eingeschränkt werden. In den Fällen der Rassendiskriminierung entschied der Oberste Gerichtshof der USA dementsprechend auch, daß ein Schild mit der Aufschrift „Whites only!“, obwohl es eine Meinungsäußerung beinhaltet, grundrechtlich nicht geschützt sei (Brown vs. Board of Education, 347 US 483, 494 (1954)).

Insbesondere liberale und prominente Frauen übersehen in ihrem Engagement für die Meinungsfreiheit oft, daß sie zu den wenigen Privilegierten gehören, die überhaupt eine Meinung äußern dürfen, solange diese sich in einem gesellschaftlich determinierten Rahmen bewegt. Sie verteidigen damit den kleinen Gewinn, der nur um den Preis aufrechterhalten werden kann, daß die Frauen, die ihren Körper verkaufen müssen, ihrer Meinungsfreiheit beraubt sind.

Der Gesetzentwurf in der hier abgedruckten Fassung wurde – nach dem Scheitern einer ersten Fassung in Minneapolis 1983 – in Indianapolis im April 1984 im Stadtrat eingebracht, der für die Verabschiedung lokaler Gesetze zuständig ist. Vom Bürgermeister als städtisches Gesetz verabschiedet, erklärte das Bezirksgericht aufgrund einer Klage der Buchhandels-Vereinigung den Entwurf für verfassungswidrig. Der Oberste Gerichtshof der USA bestätigte am 12.6.86 im Revisionsverfahren diese Entscheidung.

In Cambridge und Los Angeles wurden ebenfalls Versuche unternommen, geringfügig modifizierte Fassungen des Entwurfes im Stadtrat einzubringen. Auch diese scheiterten. In Suffolk/N. Y. versuchten konservative Politiker, Frauen für einen Entwurf zu gewinnen, der sich zwar an das Bürgerrechtsgesetz anlehnte, letztlich aber doch moralische Kategorien zum Maßstab machte. In ähnlicher Form bemächtigten sich vielerorts die sog. „Moralisten“ der erhöhten Aufmerksamkeit für Pornografie, was u. a. dazu beitrug, MacKinnon, Dworkin und ihre Anhängerinnen als prüde, konservativ und zensurfremdlich zu diffamieren. Breitangelegte Medien-Kampagnen der Porno-Industrie taten ein übriges, um die Gräben innerhalb wie außerhalb der Frauenbewegung tiefer werden zu lassen. Wer sich allerdings vom politischen Links-Rechts-Schema nicht zu trennen vermag, der

wird auch Pornografie nie als politische Frage jenseits der herkömmlichen Lager begreifen lernen: Pornografie ist eine Frage von Macht und Machtlosigkeit, um ein Mehr oder Weniger an konservativ, liberal etc. kann es dabei nicht gehen.

Pornografie als systematische Diskriminierungspraxis gegenüber Frauen vor den Zivilgerichten einklagbar zu machen, stieß in den USA bei vielen Frauen auf den Vorbehalt, sie wollten sich selbst nicht die Möglichkeit nehmen lassen, eigene Erotika zu produzieren. Da wird der alte Ruf nach einer Übernahme der Porno-Industrie durch Frauen laut, da weisen – etwas realistischer – Frauen auf erotische Frauenkunst oder Pornografie von und für Frauen hin.

Weiter wird argumentiert, die Bekämpfung diskriminierender Verhaltensweisen sei wichtiger als die Bekämpfung ihrer Bilder – das könne den Sexismus nicht beseitigen. Obwohl Pornografie bestimmte negative Auswirkungen habe, sei das Risiko einer Gegenwehr zu groß – eine Haltung, die letztendlich den Status quo akzeptiert und auf die kleinen Veränderungen hofft, die nie allen Frauen zugute kommen und nur einigen die Früchte der sog. sexuellen Revolution bescheren.

Der Gesetzentwurf bezieht sich demgegenüber jedoch ausdrücklich nur auf Veröffentlichungen, die ein deutliches Über-/Unterordnungsverhältnis zur Schau stellen, die „Sexismus sexy machen“ (MacKinnon, Chicago 1986). Vergewaltigungen, Mißhandlungen und sexuelle Sklaverei (K. Barry a. a. O.) finden vor und hinter der Kamera statt – wieso bedarf es des wissenschaftlichen Beweises einer Diskriminierung, wenn aufgeschlitzte Frauenkörper fürsexuelle Stimulanz benutzt werden? Das „pornografische Denken“ (Susan Griffin, *Pornography and Silence*, N. Y. 1981, S. 1, 46) habe von dieser Gesellschaft schon derart Besitz ergriffen, daß es nicht einmal als Verletzung der Menschenwürde von Frauen angesehen werde, wenn männliche Gewalt gegen Frauen verherrlicht wird. Pornografie könne deshalb nicht einfach verändert oder verbannt oder unterdrückt werden (MacKinnon, HCLLR, S. 31). Die Opfer könnten auch nicht auf die heroischen Künstlerinnen warten, die dann den Traum einer nicht-sexistischen Pornografie verwirklichen.

MacKinnon und Dworkin wollen keine Zensur, sondern streben die offensive Nutzung von Recht für Frauen an. Der selbstgewählte Ausschluß von Frauen aus dem juristischen Handlungsspielraum, der insbesondere von sozialistisch orientierten Feministinnen in den USA proklamiert wird, kann den betroffenen Frauen nicht helfen (MacKinnon, *Signs* Vol 7, Nr. 3 1982, S. 515, 524). Auf Veränderungen einer sexistischen Gesellschaft durch Aufklärung und Erziehung zu hoffen, übersieht einerseits den Bedarf der im Rahmen der Anhörungen in Minneapolis zu Worte gekommenen Frauen, rechtliche Schritte gegen Pornografie zur Hand zu haben. Andererseits negiert diese Haltung auch die erzieherische Wirkung von Gesetzen: Der Entwurf des Anti-Pornografie-Gesetzes macht es möglich, eine Form der geschlechtsspezifischen Diskriminierung zu benennen.

Nach der Vorstellung von Dworkin und MacKinnon könnte zudem die Möglichkeit geschaffen werden, einen paritätisch besetzten Anti-Diskriminierungs-Ausschuß anzurufen, soweit die direkte Anrufung des Gerichtes vermieden werden soll. Dies einmal aus dem Grund, daß viele Frauen, die in der Porno-Industrie arbeiten, den Weg in die Öffentlichkeit aus Angst vor Repressionen und Belästigungen

scheuen. Auf der anderen Seite steht dann die Angst vieler Porno-Händler vor öffentlicher Bezichtigung. Auch dies spricht für die Einrichtung solcher Ausschüsse: aufgrund der Drohung der Meese-Kommission, Namen von Pornografie verkaufenden Geschäften zu veröffentlichen, stellten in den USA 17.000 Händler den Vertrieb von Pornografie ein.

Das ist nicht die einzige Auswirkung der Pornografie-Diskussion geblieben: Mehr als die Hälfte der Sex-Kinos mußten ihre Türen schließen, seit 1980 verzeichnen die sog. „Männermagazine“ *Penthouse*, *Playboy*, *Oui*, *Gallery* u. a. Umsatzrückgänge. Der Video-Markt bleibt stabil, wächst aber nicht mehr. In Los Angeles wurde ein Pornografie-Produzent zu 3 Jahren Haftstrafe verurteilt: Kuppelei bei der Anwerbung von Darstellerinnen. Nicht unbedingt ein Erfolg für die amerikanischen Feministinnen, aber ein Zeichen für die erhöhte Sensibilität staatlicher Organe, die die Pornografie-Diskussion hervorgebracht hat.

Der US-amerikanische Gesetzentwurf beinhaltet eine Position zu Pornografie. Die Diskussion, die er entfachte, macht deutlich, daß es nicht die einzige ist (vgl. Snitow, Stansell, Thompson (Hrsg.), *Politik des Begehrens*, Berlin 1985). Die Ironie der US-Diskussion liegt darin, daß ein Thema mit dem Potential, Frauen jeder Couleur über alle Schranken hinweg zu vereinigen, zur weiteren Zersplitterung der Frauenbewegung beigetragen hat.

In der Bundesrepublik kann nur die Überwindung der eigenen Vorurteile und die Lösung von alt-hergebrachten Schemata politischer Positionen verhindern, daß ähnliches passiert. Die US-Diskussion sollte davor bewahren helfen.

#### Literatur:

- Dworkin, Andrea*: *Pornography, Men possessing women*. 3. Auflage 1981 N.Y.  
*MacKinnon, Catherine A.*: *Feminism unmodified – Discourses on Life and Law*, Cambridge/London 1987  
*Griffin, Susan*: *Pornography and Silence*, N.Y. 1981  
*Barry, Kathleen*: *Sexuelle Versklavung von Frauen*, Berlin 1983  
*Snitow/Stansell/Thompson* (Hrsg.): *Die Politik des Begehrens*, Berlin 1985  
*Selg, Herbert und Bauer, Mathilde*: *Pornografie – Beiträge zur Wirkungsforschung*, Bern, Stuttgart, Toronto, 1986

## *Andrea Dworkin, Catherine MacKinnon* Bürgerrechtsgesetz gegen Pornografie\*

### Artikel I: Präambel

Pornografie ist eine diskriminierende Praxis auf der Grundlage der Geschlechtszugehörigkeit (sex), die Frauen die Gleichberechtigung innerhalb der Gesellschaft abspricht. Pornografie ist von zentraler Bedeutung für die Schaffung und Aufrechterhaltung von Geschlechtszugehörigkeit als Grundlage für Diskriminierung.

\* in der Fassung von Indianapolis, 1984

Pornografie ist eine systematische Praxis der Ausbeutung und Unterdrückung aufgrund des Geschlechts, die Frauen auf unterschiedliche Weise Schaden zufügt. Pornografie ruft Bigotterie und Verachtung hervor und fördert aggressive Handlungen. Diese Auswirkungen der Pornografie vermindern die Chancen für Gleichberechtigung in der Arbeitswelt, im Erziehungswesen, Eigentumsverhältnissen und beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen und öffentlichen Leistungen.

Sie fördert Vergewaltigungen, Schläge, Kindesmißbrauch, Entführungen und Prostitution, und sie behindert die angemessene rechtliche Verfolgung solcher Handlungen. Sie trägt in erheblichem Maße dazu bei, insbesondere Frauen von der vollen Wahrnehmung ihrer Bürgerrechte und der Teilnahme am öffentlichen Leben, einschließlich des unmittelbaren Wohnumfeldes, auszuschließen.

Es ist erklärtes Ziel dieses Gesetzes, allen Praktiken von Diskriminierung vorzubeugen oder sie zu verhindern, die als sexuelle Unterdrückung oder Ungleichbehandlung auf Pornografie beruhen.

## Artikel II: Definitionen

I.

Pornografie ist die Darstellung ausdrücklich sexueller Unterdrückung von Frauen in Bildern oder Worten, die eines oder mehrere der folgenden Elemente beinhaltet:

- 1) Frauen werden als Sexualobjekte dargestellt, die Schmerz oder Erniedrigung genießen; oder
- 2) Frauen werden als Sexualobjekte dargestellt, die eine Vergewaltigung sexuell genießen; oder
- 3) Frauen werden als Sexualobjekte dargestellt, wobei sie gefesselt, aufgeschlitzt, verstümmelt, sichtbar geschlagen oder auf andere Weise körperlich mißhandelt erscheinen, oder als zerstükkelt, in Einzelteilen oder mit abgetrennten Körperteilen gezeigt werden; oder
- 4) Frauen bei der Penetration durch Tiere oder Sachen präsentiert werden; oder
- 5) Frauen in Szenarios der Erniedrigung, Körperverletzungen, Folter, Demütigung oder als schmutzig, minderwertig, blutend, verletzt oder verstümmelt gezeigt werden in einem Kontext, der diesen Zustand als sexuell erscheinen läßt; oder
- 6) Frauen werden als Sexualobjekte dargestellt, die für Unterdrückung, Eroberung, Verletzung, Ausbeutung, Besitz oder Gebrauch zur Verfügung stehen, oder die in Positionen oder Posen von Gefügigkeit oder Unterordnung oder Zurschaustellung präsentiert werden.

II.

Die Benutzung von Männern, Kindern oder Transsexuellen in einer oben unter Ziff 1 - 6 beschriebenen Weise stellt ebenfalls Pornografie im Sinne dieses Gesetzes dar.

## Artikel III: Gesetzwidrige Handlungen

### 1. Handel mit Pornografie:

Es soll als sexuelle Diskriminierung angesehen werden, Pornografie zu produzieren, zu verkaufen, auszustellen oder zu vertreiben.

Öffentliche Bibliotheken, die von Städten, Staaten oder dem Bund unterhalten werden, und Universitätsbibliotheken, in denen Pornografie für wissenschaftliche Arbeiten zur Verfügung steht, was die

Sammlung in offenen Regalen einschließt, sollen nicht als mit Pornografie handelnd angesehen werden. Anderes gilt jedoch, wenn die Pornografie an diesen Orten besonders zur Schau gestellt wird.

Die Bildung privater Vereine oder Zusammenschlüsse mit der Zielsetzung, mit Pornografie zu handeln, ist illegal und soll als Vereinigung angesehen werden, die das Ziel hat, die Bürgerrechte von Frauen zu verletzen.

Dieser Artikel ist auf isolierte Teile oder Zitate (eines Werkes) nicht anwendbar.

### 2. Zwang zur Pornografie:

Es soll als sexuelle Diskriminierung angesehen werden, eine Person zu pornografischen Darstellungen zu zwingen, einzuschüchtern oder betrügerisch zu verführen.

Maßgebliche Tatzeit ist das Datum des Erscheinens oder des Verkaufs jeglichen Produktes, welches diese Darstellungen enthält.

Folgende Tatsachen sind, für sich genommen, ungeeignet, eine Überführung auszuschließen:

- 1) Die Person ist eine Frau.
- 2) Die Person ist oder war eine Prostituierte.
- 3) Die Person ist volljährig.
- 4) Die Person ist blutsverwandt oder verheiratet mit einer oder mehreren der Personen, die an der Produktion von Pornografie beteiligt oder darin verwickelt sind.
- 5) Die Person hatte vorher sexuelle Beziehungen zu einer oder mehreren der Personen, die an der Produktion von Pornografie beteiligt oder darin verwickelt sind oder es besteht ein derartiger Verdacht.
- 6) Die Person hat früher schon für offenkundig sexuelle Bilder posiert – mit oder für andere, inclusive der an der Produktion von Pornografie beteiligten oder darin verwickelten Personen.
- 7) Ein Dritter hat anstelle des/der Betroffenen die Erlaubnis erteilt, auch wenn es der Ehepartner oder andere Verwandte sind.
- 8) Die Person hat tatsächlich einer Darstellung zugestimmt, die erst später zu Pornografie gemacht wurde.
- 9) Die Person wußte, daß Ziel und Ergebnis der Darstellungen die Produktion von Pornografie war.
- 10) Die Person zeigt keinen Widerstand, sondern scheint sich aktiv zu beteiligen an den Fototerminen oder den Umständen, bei denen Pornografie produziert wurde.
- 11) Die Person hat einen Vertrag unterzeichnet oder Stellungnahmen abgegeben, die ihre Einwilligung zur Zusammenarbeit bei der Herstellung von Pornografie bestätigen.
- 12) Bei der Herstellung von Pornografie wurde keine körperliche Gewalt ausgeübt, keine Drohungen oder Waffen benutzt.
- 13) Die Person wurde bezahlt oder auf andere Weise entschädigt.

### 3. *Zwang zur Wahrnehmung von Pornografie:*

Es soll als sexuelle Diskriminierung angesehen werden, wenn eine Frau, ein Mann, ein Kind oder ein Transsexueller zwangsweise der Wahrnehmung von Pornografie ausgesetzt wird. Dies gilt am Arbeitsplatz, in Bildungseinrichtungen, Wohnungen und öffentlichen Straßen und Plätzen.

### 4. *Tätlichkeiten oder körperliche Angriffe infolge von Pornografie*

Es soll als sexuelle Diskriminierung angesehen werden, wenn eine Frau, ein Mann, ein Kind oder ein Transsexueller tätlich angegriffen oder körperlich verletzt wird in einer Weise, die direkt von bestimmter Pornografie beeinflusst wurde.

#### *Artikel IV: Klagegegner*

In den Fällen des Handels mit Pornografie und der Tätlichkeiten oder körperlichen Angriffen infolge von Pornografie und des Zwanges zur Pornografie (Ziff. 1, 2, 4) kann gegen den direkten Angreifer, den Hersteller, Verkäufer, Aussteller oder Händler geklagt werden.

Im Falles des Zwanges zur Wahrnehmung von Pornografie (Ziff. 3) kann gegen den direkten Angreifer und/oder gegen die entsprechende Institution geklagt werden.

#### *Artikel V: Kläger/innen*

Im Falles des Handels mit Pornografie ist jede Frau zur Klage befugt als eine Frau, die gegen die Unterdrückung von Frauen vorgeht.

Jedem Mann, Kind oder Transsexuellen steht dasselbe Recht nur dann zu, wenn er/es geltend machen kann, in derselben Weise wie eine Frau in seinen Rechten verletzt zu sein.

#### *Artikel VI: Urteil*

Im Falle der Verletzung dieses Gesetzes kann vor der Klageerhebung vor dem Zivilgericht ein Antidiskriminierungs-Ausschuß angerufen werden. Sofern dieser die Verletzung für bewiesen hält, erhebt er in eigenem Namen Klage, wobei ihm die Beweislast obliegt.

Das Gericht kann auf Schadensersatz und Erstattung der Prozeßkosten erkennen. Strafrechtliche Sanktionen dürfen nicht verhängt werden.

Im Einzelfall sind Unterlassungsverfügungen gegen das angegriffene Material zulässig.

In den Fällen des Zwanges zur Pornografie und der Angriffe infolge von Pornografie kann von Ausstellern, Händlern und Verkäufern kein Schadensersatz verlangt werden, soweit ihr Handeln vor Inkrafttreten des Gesetzes lag.

Die Klagefrist beträgt ein Jahr.

### *Beschluß*

OLG Ffm, §§ 177 II, 178 II StGB, 210 StPO  
**Kein minder schwerer Fall bei sozialadäquatem Kontakt**

*Bei einer Vergewaltigung rechtfertigt der Besuch mehrerer Gaststätten und die Annahme einer Einladung in die Wohnung nicht den Vorwurf leichtfertiger Selbstgefährdung des Opfers.*

*Dieses Verhalten führt nicht zur Annahme eines minder schweren Falles, eher ist die Verletzung der Vertrauensvorgabe ein Strafverschärfungsgrund.*

Beschluß des OLG Frankfurt v. 29.9.87 – 1 WS 192/87 –

Aus den Gründen:

Die Strafkammer hält die Strafgewalt des Schöffengerichts mit der Begründung für ausreichend, daß ein minder schwerer Fall im Sinne der §§ 177 Abs. 2 und 178 Abs. 2 StGB in Betracht zu ziehen sei. Sie stützt dies auf die Erwägung, „daß die Geschädigte den ganzen Abend mit dem ihr vorher nicht bekannten Angeklagten in Gaststätten verbrachte, ihm schließlich in später Nacht aus freien Stücken in die Wohnung seiner Eltern folgte und ihm dadurch Hoffnungen auf die Durchführung des Geschlechtsverkehrs mit ihr machte“. Dieser Meinung vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Sie überbewertet das der Tat vorausgehende Verhalten der Nebenklägerin und läßt andererseits wesentliche Umstände des Tatgeschehens unberücksichtigt, die gegen die Einordnung des Tatgeschehens als „minder schwerer Fall“ sprechen.

Zwar geht der Senat mit der Strafkammer davon aus, daß die Tat und ihre Vorgeschichte sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit so zugetragen haben, wie es sich – vor allem aufgrund der Aussage der Zeugin M. – aus dem wesentlichen Ermittlungsergebnis der Anklageschrift ergibt, doch hat der angefochtene Beschluß nicht die gesamten Umstände dieses Tatgeschehens berücksichtigt und die gebotene Gesamtwürdigung unterlassen. Vielmehr wird lediglich das der Tat vorausgehende Verhalten der Nebenklägerin herausgegriffen und zum Anlaß genommen, einen minder schweren Fall anzunehmen.

Auch wenn der Angeklagte der Geschädigten vorher nicht bekannt war, war der gemeinsame Besuch mehrerer Gaststätten bis nach Mitternacht – zudem zumeist in Begleitung des Zeugen G. – kaum mehr als ein sozial adäquater Kontakt und jedenfalls nach den hiesigen Gepflogenheiten, welche dem seit vielen Jahren hier wohnhaften Angeklagten geläufig sein dürften, kein begründeter Anlaß, sich Hoffnung auf baldigen Geschlechtsverkehr zu machen.

Auch die anschließende Annahme der Einladung zu einer Tasse Tee in die Wohnung der Eltern, von deren Abwesenheit die Zeugin erst nach Ankunft in der Wohnung erfuhr, rechtfertigt nicht den Vorwurf leichtfertiger Selbstgefährdung der Zeugin, sondern fällt auch noch unter den Bereich schützenswerter sozialadäquater Kontakte, weil der



Angeklagte seine handfeste sexuelle Absicht bis nach der Ankunft in der elterlichen Wohnung verbarg und die mehrfach erklärte ablehnende Haltung der Zeugin gegen die Aufnahme intimer Beziehungen akzeptierte (vgl. Hillenkamp StV 1986, 150, 154). Zu einer bedrohlichen Eskalation von Zudringlichkeiten, deren freiwillige Hinnahme dem Opfer zum Vorwurf und dem Angeklagten zur Strafmilderung hätte gereichen können (vgl. Hillenkamp, a.a.O.), kam es nach dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen erst, als sich die Geschädigte dem Zugriff des Angeklagten nicht mehr entziehen konnte.

Bei einer solchen Fallgestaltung wie hier ist die Verletzung der Vertrauensvorgabe durch den Täter im übrigen eher Anlaß, an eine Strafverschärfung als an eine Strafmilderung zu denken (Hillenkamp, a.a.O.).

Indessen kann die abschließende Bewertung der Tatvorgeschichte hier offenbleiben, weil wesentliche Umstände den Unrechts- und Schuldgehalt so erhöhen, daß auch dann kein minder schwerer Fall mehr bejaht werden könnte, wenn man davon ausginge, daß die Geschädigte doch in zurechenbarer Weise Anlaß zur Tat gegeben habe.

Der Unrechts- und Schuldgehalt der dem Angeklagten zur Last gelegten Tat erscheint wesentlich verstärkt durch das tateinheitliche Zusammentreffen von mehrfacher Vergewaltigung und mehrfacher sexueller Nötigung, durch den die Zeugin besonders demütigenden erzwungenen Mundverkehr, die Brutalität der Tatausführung, anhaltende Drohungen und länger dauernde Gewaltanwendung. Ein solches Vorgehen kann nicht als minder schwerer Fall bewertet werden (Dreher/Tröndle, a.a.O., Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen).

Die von der Strafkammer unterlassene Gesamtwürdigung des Tatbildes ergibt nach alledem, daß die Anwendung des Regelstrafrahmens nicht unangemessen erscheint und ein „minder schwerer Fall“ nicht in Betracht kommt. Da zudem nach dem erwähnten Unrechts- und Schuldgehalt der Tat eine Strafe in der Nähe der Mindeststrafe nicht als angemessener Schuldausgleich angesehen werden kann, reicht die Strafgewalt des Schöffengerichts nicht aus.

Der Eröffnungsbeschluß ist deswegen abzuändern und das Hauptverfahren – wie von der Anklage beantragt – vor dem Landgericht zu eröffnen.

Nach Lage der Sache erscheint es dem Senat sachdienlich, gemäß § 210 Abs. 3 StPO zu bestimmen, daß die Hauptverhandlung vor einer anderen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main stattfindet. Nach der bisherigen Sachbehandlung des Falls durch die Strafkammer kann nicht ohne weiteres erwartet werden, daß sie sich die Auffassung des Senats innerlich voll zu eigen machen wird (Kleinknecht/Meyer, StPO, 38. Aufl., § 210, Rdnr. 10).

Mitgeteilt von Ri OLG Eckhard Happel, Frankfurt

## Beschluß

BVerfG, Art. 2 I GG, §§ 186 StGB, 823 BGB  
Keine Abwälzung der Verteidigungskosten auf das Opfer

*Die gutgläubige Strafanzeigeerstatteerin darf nicht mit dem Risiko des Schadensersatzes für den Fall belastet werden, daß ihre Anzeige nicht zum Erweis des behaupteten Vorwurfs führt. Eine solche Handhabung des Schadensersatzrechts verstößt gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatprinzip.*

Beschluß des BVerfG vom 25.2.1987 – 1 BvR 1086/85

*Der Beschluß ist abgedruckt in: NSTZ 87, S. 333*

## Anmerkung:

### I.

Die Entscheidung des BVerfG rückt hier nur mit Mühe die letzte in einer Reihe von Ungeheuerlichkeiten zurecht: eine 17-Jährige erstattet Strafanzeige gegen ihren Arzt wegen sexuellen Mißbrauchs; das Verfahren gegen den Arzt wird mangels hinreichendem Tatverdacht eingestellt, daraufhin aber ein Verfahren gegen die Frau wegen falscher Verdächtigung eingeleitet und schließlich auch das Hauptverfahren eröffnet. Die Frau muß sich einem Glaubwürdigkeitsgutachten unterziehen, das zwar ihre Glaubwürdigkeit „beweist“, letztlich aber nur dazu führt, daß das Verfahren gegen sie wegen geringer Schuld eingestellt wird. Damit nicht genug, wird die Frau auch noch zivilrechtlich zur Erstattung der Anwaltskosten des Arztes herangezogen, obwohl selbst das entscheidende AG Duisburg-Hamborn einräumen mußte, daß die Frau den Vorgang mit großer Wahrscheinlichkeit wahrheitsgemäß geschildert hatte.

Die Entscheidungsgrundlagen sind leicht auszumachen: (Mutmaßliche) Täter und (mutwillige) Opfer; ein Arzt tut so etwas nicht und 17-jährige haben eine rege Phantasie.

Bei seiner Suche nach Gerechtigkeit hat sich das AG Duisburg-Hamborn allerdings etwas zu weit von allgemeinen Auslegungsregeln entfernt, und zwar sowohl im Rahmen der zivilrechtlichen Schadensregulierung (dazu unten 1) als auch bei seiner eigenwilligen Auslegung des § 186 StGB (unten 2). Jedoch, die tatrichterliche Wahrheitsfindung vollzog sich unterhalb der Berufungssumme. Deshalb, so scheint es, mußte das BVerfG hier einmal mehr als „Superrevisionsinstanz“ eingreifen.

### 1) Die zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen

Die Entscheidung des AG Duisburg-Hamborn hätte bei Berücksichtigung der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung zur Erstattung von Kosten der Strafverfolgung im Rahmen zivilrechtlicher Schadensersatzklagen wohl kaum so ausfallen dürfen, wie sie ausgefallen ist. Schon ein Blick in den Palandt hätte das Amtsgericht an seiner Vorstellung eines gerech-

ten Ausgleichs zweifeln lassen müssen. In Anm. 5 b) ee) der Vorbemerkungen zu § 249 BGB heißt es: „Kosten, die mit der Strafverfolgung (...) zusammenhängen, fallen nicht in den Schutzbereich der privatrechtlichen Haftungsnormen.“ Der BGH hat dies in einer Entscheidung im 24. Band (Seite 266) so begründet: „Zwar kann nicht schlechthin gesagt werden, daß einem an einem Strafverfahren Beteiligten stets die zivilrechtliche Abwälzung der strafrechtlichen oder kostenrechtlichen Folgen des Strafverfahrens auf einen anderen verwehrt sei. Andererseits kommt der Kostenregelung des Strafprozesses (...) nach Auffassung des Senats jedoch grundsätzlich eine abschließende (stabilisierende) Bedeutung (...) zu.“ Im Hinblick darauf hat der BGH z. B. die Abwälzung von Strafverfolgungskosten bei Ladendiebstählen abgelehnt. Das LG Köln (NJW 64, 2065) hat unter Hinweis auf die Rechtsauffassung des BGH den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, „daß der Prozeßerfolg über die Kostenlast zwischen den Parteien dieses Verfahren endgültig entscheidet, und eine fehlende oder anderweitige Verurteilung in die Kosten nicht in einem Schadenersatzprozeß nachgeholt werden kann.“

Nun betrafen die meisten dieser Entscheidungen die Kosten von Nebenkläger/inne/n. Nur in einer mir bekannten Entscheidung hat der BGH eine (zivilrechtliche) Ersatzpflicht für die Strafverteidigerkosten eines freigesprochenen Unfallgeschädigten abgelehnt (BGH 27, 138). Gleichwohl kann für einen Beschuldigten, gegen den ein Strafverfahren eingestellt wurde, nichts anderes gelten als für andere „Verfahrensbeteiligte“.

In mehreren Vorschriften der StPO wird die Kostentragungslast bei Einstellungen auch im Hinblick auf die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten geregelt. Grundsätzlich ist in der StPO eine Übernahme der notwendigen Auslagen durch die Staatskasse vorgesehen (§§ 467, 467a). Teilweise steht die Kostenübertragung im Ermessen des Gerichts (§ 467 Abs. 4), teilweise ist sie vom Antrag des Angeschuldigten abhängig (§ 467a). Darüberhinaus regelt die StPO aber auch die Kostenverteilung zwischen dem/der Anzeigenden und dem Angeschuldigten. In § 469 ist festgelegt, daß der/die Anzeigende im Fall der „vorsätzlich oder leichtfertig erstatteten unwahren Anzeige“ die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten zu tragen hat. Gleiches gilt übrigens auch, wenn das Verfahren wegen Zurücknahme des Strafantrages eingestellt werden muß (§ 470).

Die StPO regelt also die Kostentragungspflicht zwischen Anzeigerstatterin und dem Angeschuldigten. Wenn die Kostentragungsregeln nicht eingreifen oder vom Strafgericht eine Übernahme der Kosten aus der Staatskasse abgelehnt wird, ist daneben kein Raum für eine zivilrechtliche Schadensersatzklage, weil die StPO eine abschließende Regelung enthält. Anders kann sich die Frage nur dort darstellen, wo die Regelungen der StPO nicht eingreifen (dazu unten II).

2) *Die strafrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen*  
Unterhalb der Berufungsgrenze – diesen Eindruck vermittelt zumindest der Beschluß des BVerfG – setzt nur die Verfassung der Rechtsfindung Grenzen.

Warum hat das AG Duisburg-Hamborn eigentlich nicht an seiner Rechtsauffassung gezweifelt, als es davon ausging, die Frau habe sich einer üblen Nachrede (§ 186 StGB) schuldig gemacht? Immerhin war dieser Gesichtspunkt in dem gegen die Frau geführten Strafverfahren offensichtlich nicht weiter verfolgt worden. Auch hier hätte ein Blick in einen Kommentar weiterhelfen können.

Bei Dreher-Tröndle z.B. wird in Rdnr. 16 zu § 186 darauf hingewiesen, daß es bei einer Zeugenaussage an der Rechtswidrigkeit der Tathandlung fehle, mit der ganz zweifelsfreien Rechtsfolge, daß eine nichtrechtswidrige üble Nachrede nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Was im übrigen auch durch den Wortlaut des § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB bestätigt wird, der klarstellt, daß auch der Verstoß gegen ein Schutzgesetz schuldhaft erfolgen muß.

Wer aber im strafrechtlichen Rahmen rechtmäßig handelt, indem er/sie eine Zeugenaussage macht, kann schwerlich im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB unrechtmäßig und damit schuldhaft handeln. Abgesehen davon dürfte auch die für § 823 Abs. 1 erforderliche Vorsätzlich- oder Fahrlässigkeit nur schwer nachzuweisen sein, nachdem ein Glaubwürdigkeitsgutachten die Glaubwürdigkeit der Frau erbracht hat.

## II

Ich möchte diese Anmerkung zum Anlaß nehmen, auch noch kurz die umgekehrte Rechtsfrage zu erörtern, nämlich Kostenerstattungsansprüche des Opfers gegen den (mutmaßlichen) Täter. Auch in diesem Bereich gab und gibt es noch eine Reihe ungeklärter Rechtsfragen.

Geklärt ist zunächst die oben erörterte Rechtsfrage. Auch für das Opfer gilt: Die Kostentragungsvorschriften der StPO sind abschließend; neben ihnen kommen zivilrechtliche Ansprüche nicht in Betracht. Bedeutung hätten solche zivilrechtlichen Ansprüche z.B. in den Gerichtsbezirken haben können, wo die im Vorverfahren entstandenen Anwältinnenkosten (einer späteren Nebenklägerin) nicht als notwendige Auslagen angesehen wurden (vgl. die Nachweise bei Gerold/Schmidt § 95 Anm. 8). Diese Auffassung dürfte aber im Hinblick auf den neu eingefügten § 472 Abs. 3 StPO überholt sein, der ausdrücklich auch die notwendigen Auslagen im Rahmen des Vorverfahrens in die Kostenerstattungspflicht einbezieht.

Bleibt der Streit, ob die Vertretung durch eine Anwältin „notwendige Auslagen“ verursacht – aber der ist im Kostenfestsetzungsverfahren auszutragen, es sei denn, es wäre in Zukunft, ähnlich wie im Verwaltungsverfahren, auch bei der Nebenklage zu erreichen, daß das Gericht über die Notwendigkeit

der anwaltlichen Vertretung im Vorverfahren durch Urteil entscheidet.

Auch der neue § 472 StPO bindet allerdings die Kostenerstattung an die *Befugnis* zum Anschluß als Nebenklägerin, so daß ein altes Problem bleibt: In den Verfahren gegen jugendliche Vergewaltiger besteht wegen § 80 JGG keine Berechtigung zum Anschluß als Nebenklägerin (anders bei Verfahren gegen Heranwachsende, auch wenn auf sie Jugendrecht angewendet wird!). Hier haben wir nun die Situation, daß die Frau nach § 406 f als Verletzte berechtigt ist, sich einer Anwältin zu bedienen, die auch zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung berechtigt ist, (Rechtsgrundlage ist entweder § 406 g, wenn man die „Befugnis zum Anschluß als Nebenklägerin“ hier so auslegt, daß entscheidend ist, ob einer der Straftatbestände aus § 395 vorliegt, oder § 48 Abs. 2 JGG, der der Verletzten und ihrer Vertreterin die Anwesenheit auch in nichtöffentlichen Verhandlungen gestattet), ohne daß die Kostentragung geregelt ist.

In diesen Fällen könnte eine zivilrechtliche Schadensersatzklage auch die Anwältinnenkosten umfassen, mit der Begründung, es gebe für diesen Fall gar keine, also auch keine abschließende strafprozessuale Kostentragungsregelung, so daß die Forderung nicht außerhalb der Haftungsnorm des § 823 BGB liege. Eine Ausnahme hiervon muß allerdings für die Fälle gelten, in denen nach § 74 JGG ausdrücklich davon abgesehen wurde, dem Jugendlichen Kosten und Auslagen aufzuerlegen.

Dagmar Oberlies

### Rechtshilfefonds für Frauen e.V. in Hamburg gegründet

Es gibt von neuen Hamburger Aktivitäten zu berichten: Frauen aus verschiedenen Berufsbereichen haben einen Rechtshilfefonds für Frauen gegründet.

Der *Rechtshilfefonds für Frauen e.V.* hat die Aufgabe, Frauen, die als Opfer von Gewalt oder als Folge von Frauendiskriminierung in Schwierigkeiten geraten sind, zu unterstützen durch finanzielle Hilfe zur Ermöglichung sachgerechter juristischer Beratung und Vertretung.

Wir haben festgestellt, daß sich seit 1985 die Hamburger Gerichte in Strafverfahren vermehrt weigern, den betroffenen Frauen eine Rechtsanwältin im Rahmen der Prozeßkostenhilfe beizuordnen. Diese Verfahrensweise ist vom Oberlandesgericht Hamburg als Beschwerdegericht mehrfach bestätigt worden. Begründet wird dies damit, „daß die Interessen der Nebenklägerin als Verletzte weitgehend von der Staatsanwaltschaft wahrgenommen werden können“. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat.

Die Gründung des Rechtshilfefonds für Frauen bedeutet natürlich nicht, daß wir nicht weiter politisch – und auch als Anwältinnen in den einzelnen Verfahren – diese Rechtspraxis bekämpfen. Gleichzeitig besteht aber die Notwendigkeit, die Frauen, die jetzt den Beistand einer Anwältin benötigen, zu unterstützen. Darüberhinaus ist es Anliegen des Vereins, auch besser verdienende Frauen von diesen Kosten freizuhalten. Wir halten es für ein Unding, daß Frauen, die Opfer von Gewalt geworden sind, neben der Tat die daraus resultierenden Schäden, eine unwürdige Gerichtsverhandlung und obendrein auch noch Kosten tragen müssen.

Die Arbeit des Vereins soll sich nicht lediglich auf den Bereich der Vergewaltigungsprozesse beschränken, sondern will alle Frauen erreichen, die sich juristisch gegen Diskriminierung zur Wehr setzen müssen. Wir denken dabei ein Musterprozesse im Rentenrecht, bei der Durchsetzung von gleichem Lohn für gleiche Arbeit oder an Prostituierte, die die rechtliche Qualifizierung ihrer Dienstleistung als „sittenwidrig“ bekämpfen wollen. (Siehe insoweit die neueste BHG-Entscheidung BGH StR 566/86 vom 28.7.1987)

Wir haben eine Vereinssatzung erstellt, Vergaberichtlinien werden zur Zeit noch erarbeitet.

Zur Gründungsversammlung kamen Frauen zum Teil nicht nur als Privatpersonen, sondern als Vertreterinnen verschiedener Projekte: Die Gründerinnen arbeiten zum Beispiel in der Kaffeeklappe auf St. Pauli, beim Notruf für vergewaltigte Frauen und Mädchen, im 3. und 4. Hamburger Frauenhaus, in der Solidarität Hamburger Huren, im Verein Opferhilfe e.V. und im Café Sperrgebiet.

Nachdem auch in einigen Medien positive Resonanz gezeigt wurde, hoffen wir nach der inzwischen erfolgten Anerkennung der Gemeinnützigkeit auf zahlreiche Spenden.

Frauen, die nach Lesen des Artikels Interesse bekommen haben, in ihrer Stadt etwas Ähnliches zu gründen, stehen wir gern mit weiteren Informationen zur Verfügung. Die Satzung versenden wir auf Anfrage.

*Wer uns unterstützen will, kann auf folgendes Konto spenden:*

Rechtshilfefonds für Frauen e.V., Konto-Nr. 603 732, Sparda Bank Hamburg, BLZ 206 905 00

Anschrift: Rechtshilfefonds für Frauen e.V., c/o Opferhilfe Beratungsstelle, Paul-Neumann-Platz 2-4, 2000 Hamburg 50

*Hinweis:*

*Siehe auch den Spendenaufruf des Rechtshilfefonds Berlin auf der letzten Seite dieses Heftes.*

*Gisela Friedrichs*

## Bericht über die Arbeitsgruppe „Prostitution“\*

An der Front des Patriarchats – so lautet der Titel einer lesenswerten Untersuchung über das Leben von Frauen im Prostitutionsmilieu.<sup>1</sup> Arbeiten Prostituierte wirklich in diesem besonderen Ausmaß in patriarchalischen Strukturen? Oder hat Prostitution vielleicht ausgesprochen emanzipatorische Tendenzen? Wem nützt und wem schadet eigentlich Prostitution in unserer Gesellschaft? Fragen und Gründe genug, daß sich der Feministische Juristinnentag mit diesem Thema aus feministischer Sicht in einer sehr gut besuchten Arbeitsgruppe auseinandersetzte.

Unsere Vorbereitungsgruppe bestand aus drei Frauen, zwei Rechtsanwältinnen, die in ihrer Praxis in Hamburg häufig Prostituierte bei sehr unterschiedlichen Rechtsfragen vertreten, und eine Sozialarbeiterin des 4. Hamburger Frauenhauses, das hauptsächlich Frauen, die aus der Prostitution aussteigen wollen, aufnimmt. Wir gaben zunächst einen Überblick über die Fallgruppen und Rechtsfragen, in denen Prostitution eine Rolle spielt, und erzählten von unseren praktischen Erfahrungen.

Da ist einmal der Bereich der Zuhältereiprozesse, in denen wir Frauen als Nebenklägerinnen vertreten. Hier gilt es meistens, dem Gericht das besondere Verhältnis zwischen Prostituierte und ihrem Zuhälter verständlich zu machen. Besonders schwierige Fälle von Vergewaltigung sind in der Regel die Fälle, in denen eine Prostituierte von ihrem Freier vergewaltigt wurde. Hier kämpfen wir gegen das Vorurteil, daß Prostituierte sich ihrer sexuellen Selbstbestimmung bereits begeben hätten und stets ein minderschwerer Fall vorliege. Problematisch bei diesen Verfahren ist in der Regel auch die Bewilligung der Prozeßkostenhilfe, da die Gerichte unrealistischerweise von einem hohen Einkommen der Prostituierten ausgehen.

Zu Bußgeldverfahren kommt es bei beharrlichen Verstößen von Prostituierten gegen die Sperrgebietsverordnung (§ 184 a StGB). Die Tendenz einiger Gerichte ist es hier, bereits das bloße Herumstehen oder Herumgehen der Frau im Sperrgebiet als Anbieten zur Prostitution zu werten, ohne daß es zu konkreten Aufforderungshandlungen gekommen ist.

\* beim 13. feministischen Juristinnentag, vom 15. - 17. Mai 1987 in Essen. Weitere Beiträge und Berichte sind in den Heften 2 und 3/87 abgedruckt.

### Liebesdienstrecht

*Sehr geehrter Herr Wendisch,*

*ganz zufällig entdeckte ich in dem von Ihnen bearbeiteten 9. Abschnitt des Löwe-Rosenberg zu § 112 a folgenden, mich doch erstaunenden Text:*

**31** In der Tat ist bei den Straftaten gegen die sexuelle Mitbestimmung (Rdn. 20)

*Sollten Sie sich dabei nicht etwas besonderes gedacht haben, ggf. auf irgendein Montan-Modell verweisen wollen, so bäte ich doch darum, zugunsten des weiblichen Geschlechtes auf „Mitbestimmung“ demnächst zu verzichten und – auch wenn es Ihnen schwerfallen sollte – zu ändern in: sexuelle Selbstbestimmung.*

*Jutta Bahr-Jendges*

Prostituierte sind auch Mütter. Sie sind oft der Gefahr ausgesetzt, daß ihnen das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen wird, wobei dies ausschließlich mit dem Milieu, in dem sich die Frauen aufhalten, begründet wird. In diesen Verfahren ist ein sehr grosser Einsatz der Anwältin im Kampf mit den Institutionen erforderlich, um diesen Frauen das Sorgerecht für ihre Kinder zu erhalten.

Im zweiten Teil der Veranstaltung standen nicht mehr die juristischen Fragen im Vordergrund, sondern eine politisch-feministische Auseinandersetzung mit der Funktion von Prostitution in unserer Gesellschaft. Dabei ist Ausgangspunkt die Tatsache, daß Prostitution zwar legal, als Beruf aber nicht anerkannt ist.<sup>2</sup> Die Dienste der Prostituierten für die Freier werden immer noch als sittenwidrig angesehen, so daß von der Frau rechtswirksam keine Vergütung verlangt werden kann.<sup>3</sup> Prostituierte sind sozialversicherungsrechtlich nicht abgesichert und gesellschaftlich nicht als Arbeitnehmerinnen anerkannt.

Die Beantwortung der Frage, wem die Prostitution nützt und wem sie schadet, hängt deshalb unmittelbar mit der gesellschaftlichen Realität dieses Frauenberufes zusammen und würde sicherlich anders ausfallen, wenn Prostitution als Beruf anerkannt und sozial gesichert wäre.

Den Abschluß der Diskussion, die leider aus Zeitmangel viel zu kurz ausfiel, bildete die Aids-Problematik, in deren Zusammenhang z.B. ja Berufsverbote für Prostituierte gefordert werden. Die Diskussion stand unter dem Eindruck des unmittelbar vorher bekannt gewordenen Münchner Urteils, mit dem eine Prostituierte, die ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einem Freier hatte und Virusträgerin ist, wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren ohne Bewährung verurteilt wurde.

Die Aids-Problematik konnte leider nicht diskutiert werden, es war aber einhellige Meinung, daß dieses Thema, das uns in Zukunft verstärkt auch beruflich beschäftigen wird, bei den nächsten Treffen weiter diskutiert werden soll.

- 1 Rosemarie Giesen/ Gunda Schumann: An der Front des Patriarchats, PädExtra Buchvlg., Bensheim 1980
- 2 Zum Umgang der Rechtsprechung mit Prostituierten siehe: Susanne Pötz-Neuburger, Billig und ungerecht, in STREIT 2/85, 43 ff.
- 3 vgl. dazu neustens: BGH StR 566/86 vom 28.4.1987

Dagmar Oberlies

## „Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein entscheidet“

Rita Süßmuth

### Über Mitwirkungsbefugnisse und Beweislastverteilung beim Schwangerschaftsabbruch

Die Erkenntnis, daß das Strafrecht nicht (oder zumindest nicht allein) vor Abtreibungen schützt, gehört längst auch zum Repertoire derer, die sich dem Schutz sog. „ungeborener Kinder“ verschrieben haben. Folgerichtig haben sie ihren „Kampf gegen den § 218“ auf fast alle Rechtsgebiete ausgedehnt.

Neidvoll muß den Abtreibungsgegnern dabei ein durchaus kreativer Umgang mit dem Recht attestiert werden. Fleißig sind sie überdies. Hinzu kommt, daß sie in einer Weise an die Unverbrüchlichkeit des Rechts als „objektiver Verordnung“ glauben, die es ihnen erlaubt, ihre Rechtsauffassung nicht nur sehr nachdrücklich, sondern auch als zwangsläufige und einzig mögliche Folge der Gesetzesanwendung und Rechtsauslegung darzustellen, in einigen Fällen sogar mit dem unschätzbaren Vorteil, an der entscheidenden Stelle zu sitzen – trotz ihrer „Militanz“.

Gleiches kann von denjenigen, die unerschütterlich, auch 12 Jahre danach, noch die vollständige und ersatzlose Abschaffung des § 218 fordern, (ich denke hier vor allem an die unbelehrbaren Feministinnen) wohl kaum behauptet werden: Kreativität ist kein Begriff, den sie mit dem Recht in Verbindung bringen würden. Ihr Glaube an das Recht ist brüchig, erst recht hilft ihnen keine objektive Werteordnung. An entscheidenden Stellen sitzen sie mit steigender Militanz eher selten (im Zweifel sinkt die Militanz mit dem Aufstieg).

Gäbe es nicht einige Liberale, die Abtreibungsgegner hätten die Rechts-Entwicklung im Bereich der Abtreibung noch viel nachhaltiger beeinflussen können.

Zu den Urteilen und Aufsätzen der letzten Jahre, die sich mit der Rechtslage im Bereich der Abtreibung befassen, fällt mir zunächst nur Schauerliches ein: Der Vorlageschluß des SG Dortmund<sup>1</sup> betreffend die „Abtreibung auf Krankenschein“, der Beschluß des AG Köln<sup>2</sup>, mit dem dem Vater das alleinige Sorgerecht für das Ungeborene übertragen wurde, zu dem ausschließlichen Zweck, der Mutter den Schwangerschaftsabbruch zu untersagen, zwei Entscheidungen des ArbG Iserlohn<sup>3</sup> über die (Nicht-) Lohnfortzahlung nach einem Schwangerschaftsabbruch, jetzt die Entscheidung des VormG Celle<sup>4</sup>, die einer 17-jährigen – unter Androhung von Zwangsgeld – einen Abbruch untersagte, der Aufsatz von

von Hippel in der JZ<sup>5</sup>, die Anmerkung von Dagmar Coester-Waltjen<sup>6</sup>, in der begründet wird, daß durch den Schwangerschaftsabbruch auch Vaterrechte (aus Art. 6 GG) verletzt würden und jüngst der Beitrag von RA Phillip in Heft 37 der NJW, der glaubt, die Krankenkassen hätten die Nicht-Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs zu prüfen, bevor die Abbruchkosten übernommen werden dürften.

Die Liberalen ihrerseits waren vorwiegend, aber auch hinlänglich, damit beschäftigt, das Schlimmste zu verhindern: Jede dieser Gerichtsentscheidungen fand mehr Kritik als Zustimmung und, das ist ganz besonders wichtig, keine Entscheidung hielt stand, wenn ein Rechtsmittelgericht (oder das BVerfG) mit den jeweiligen Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen befaßt war. Dies gilt für die Entscheidung des SG Dortmund<sup>7</sup> ebenso wie für die jüngste Entscheidung des ArbG Iserlohn. „Bleibend“ waren die Entscheidungen nur da, wo die Frauen sie hingenommen haben. Hinzu kommt, daß 5 solcher Entscheidungen (darunter nur 2, die tatsächlich zu ungewollten Geburten führten,) in annähernd 5 Jahren und in Anbetracht von geschätzten 300.000 Abtreibungen jährlich, die Abtreibungspraxis der BRD wohl kaum nachhaltig beeinflussen können. Das ist – von der Aufregung über die Entscheidung im Einzelfall einmal abgesehen – durchaus beruhigend.

Was also berechtigt eine feministische Zeitschrift, sich mit einer solch marginalen Erscheinung auseinanderzusetzen. Etwa die Tatsache, daß unser konservatives Gegenstück, die FamRZ, so hartnäckig auch die abwegigsten Entscheidungen der Abtreibungsgegner veröffentlicht? Eher schon die Tatsache, daß solche Entscheidungen über die FamRZ Einzug in die Tagespresse (allen voran die linke Tageszeitung) nehmen und auf diesem Wege nicht nur eine ganze Reihe „abtreibungswilliger“ Frauen verunsichern könnten, sondern auch eine merkliche Ungewißheit über die Rechtslage entstehen lassen, die eine feministische Rechtszeitschrift sicherlich zuallererst beseitigen muß.

Hinzu kommt, daß zwar gerade im Bereich der Abtreibung eine ganze Reihe rechtlich fragwürdiger Entscheidungen ergangen sind, andererseits aber auch gesehen werden muß, und nicht unterschätzt werden darf, was der geltende § 218 alles möglich macht: Solange er die Rechtmäßigkeit der Abtrei-

1 SG Dortmund in STREIT 1/83, S. 1 mit Anmerkung von Dagmar Oberlies

2 AG-VormG Köln, FamRZ 85/ 519

3 ArbG Iserlohn, FamRZ 86/ 1097 und NJW 87/ 1509

4 AG-VormG Celle, FamRZ 87/ 738

5 von Hippel: Besserer Schutz des Embryos vor Abtreibung, JZ 86/ 53 ff.

6 Dagmar Coester-Waltjen, NJW 85/ 2175 ff.

7 vgl. STREIT 3/84, S. 99

bung vom Vorliegen bestimmter Gründe abhängig macht, birgt er auch die (latente) Möglichkeit in sich, daß jeder, der mit irgendeiner Rechtsprüfung befaßt ist, bei der § 218 eine Rolle spielt, sich im Rahmen der sogenannten Rechtmäßigkeitsprüfungen anmaßen darf, die Gründe der Frau für ihre Entscheidung zu überprüfen und sie mit eigenen Bewertungen (und weitreichenden Konsequenzen für die betroffene Frau) anzureichern. Dabei brauchen die „Rechtmäßigkeitsprüfer“ auch kaum rechtsschöpferisch tätig zu werden, und zwar selbst dann nicht, wenn sie zu einer restriktiven Anwendung des § 218 neigen, weil das BVerfG-Urteil, die Protokolle der BT-Beratungen und die Kommentierungen zum § 218 einen echten Fundus an restriktiven Argumenten zur Verfügung stellen.

Der geltende § 218 eröffnet die Möglichkeit zur Restriktion, wann immer dies zweckmäßig erscheint. Der § 218 ist zu Zeiten eine lange Leine, immer aber eine Leine. Allein diese Tatsache würde die dogmatische Auseinandersetzung schon zur feministischen Pflichtübung machen (durchaus im preußischen Sinne, denn der Spaß ist den meisten Feministinnen längst vergangen); kommt aber noch hinzu, daß Meinungen, die vor kurzem noch als abwegig gelten konnten, schnell zu Ehren kommen können.

Ein Beispiel ist die Frage, ob die Eingriffsvorschriften des Vormundschaftsrechtes auf Ungeborene Anwendung finden können. War das Meinungsbild nach der Entscheidung des AG Köln noch recht einheitlich gegen eine solche Anwendung, hat eine Anmerkung von Dagmar Coester-Waltjen dem VormG Celle Argumente zur Anwendung des § 1666 auf das Ungeborene an die Hand gegeben. Solange solche Entscheidungen rechtskräftig werden, schaffen sie faktisch Recht und zwingen zur Widerlegung der Argumente.

Eine zusätzliche Dimension eröffnen insbesondere die vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen im Hinblick auf rechtliche Konstruktionen bei künstlicher, menschlicher Reproduktion: Mit den hier besprochenen Entscheidungen des VormG Köln und des VormG Celle wird

1. der „Schutz“ – tatsächlich die Eingriffsbefugnisse in Mutterrechte : vor den Zeitpunkt der Geburt vorverlegt und
2. das Kind (einmal mehr) vor seiner Mutter geschützt.

Damit wird die rechtliche Trennung von Mutter und Kind, von Mutter und Embryo, weiter festgeschrieben. Anders als die herrschende Ideologie dies darstellt, ist dies zwar nicht Voraussetzung für einen effektiven Schutz des Embryos, dieser wäre besser gewährleistet, wenn der Embryo als Teil der Mutter angesehen würde. Tatsächlich ist die Subjektqualität des Embryos, die ihm originär zugeschriebene *Rechtsstellung*, sein (ungeborener) Mensch-Status, die logische und rechtliche Voraussetzung dafür, Eingriffsbefugnisse unabhängig von der Mutter oder gar ge-

gen sie zu formulieren.<sup>8</sup> Im Bereich des § 218 zeigt sich der patriarchale Revanchismus eben immer noch prototypisch.

Wie also revanchiert sich der patriarchale Rechtsanwender an dem Sinnbild weiblicher Selbstbestimmung: der Abtreibungsentscheidung?

Es fällt auf, daß die Verschärfung des § 218 außerhalb des § 218 stattfindet. Keine mir bekannte Entscheidung und kein mir bekannter Aufsatz betrifft den § 218 unmittelbar. Ein Prinzip, dem auch das neue Beratungsgesetz folgt.

Gemeinsam ist den derzeitigen Bestrebungen auch der Versuch, immer mehr Menschen und Institutionen an der Abtreibungsentscheidung der Frau zu beteiligen und innerhalb der (immer weiter ausgedehnten) Verfahren die Darlegungslast, insbesondere im Bereich der sozialen Indikation, zu Lasten der abtreibungswilligen Frau auszudehnen. So hat z. B. RA Philipp in der NJW die Auffassung vertreten, daß die Krankenkassen die Nichtrechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs ausdrücklich zu prüfen und positiv festzustellen haben; die Unerweislichkeit der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs gehe zu Lasten der Frau. Hier trifft sich RA Phillip mit Rita Süßmuth, die in einem Interview sagte, „Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie in Fällen von Leben und Tod (gemeint ist die Abtreibung, die Verfin.) allein entscheidet.“<sup>9</sup>

Durch die Ausdehnung der Mitwirkungsbefugnisse und die Erweiterung der Darlegungslast wird auf einfache Art und Weise das Risiko erhöht, und zwar nicht nur das Kostenrisiko wie bei der Frage der Abtreibung auf Krankenschein, sondern ganz allgemein das Risiko, der Schwangerschaftsabbruch könne bei irgendeiner (Rechtmäßigkeits-)Prüfung als rechtswidrig „aufgedeckt“ werden. Ganz abgesehen von der (sadistisch-anmutenden) Nebenfolge, daß sich die Frau in einem unüberschaubar langen Zeitraum gegenüber immer mehr, in der Regel unbekanntem, Menschen erklären und rechtfertigen muß. In diesem Zusammenhang einer „Bürokratisierung des Verfahrens“, der Ausdehnung der Darlegungslast zulasten der Frau und der Tendenz, immer mehr Menschen an der Abtreibungsentscheidung zu beteiligen, gehört das zukünftige Beratungsgesetz (dazu unten Teil III) ebenso, wie die Frage, „dürfen Krankenkassen die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt unterstellen?“ (unten I), aber auch das umstrittene Urteil des AG-VormG Celle, mit dem einer 16-jährigen unter Festsetzung eines Zwangsgeldes der Schwangerschaftsabbruch untersagt wurde (dazu unten II).

8 siehe dazu die Beiträge von Jutta Bahr-Jendges und Dagmar Oberlies auf dem 13. fem. Juristinnentag, in: STREIT 3/87 sowie die Beiträge zur Gentechnologie, zur „Embryonenschutzgesetzgebung“ und zur Leihmutterchaft im nächsten Heft (STREIT 1/88).

9 „Heute in der Presse“ vom 6.8.1987, hg. vom Presseamt des BuMiJFFG

## I

„Dürfen Krankenkassen die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt unterstellen?“ In diesem Beitrag von RA Philipp in der NJW<sup>10</sup> geht es um die Praxis der Krankenkassen, die in einer gemeinsamen Richtlinie bestimmt haben, daß „bei einem Schwangerschaftsabbruch, sofern nicht besondere Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit bestehen, die Krankenkassen die Rechtmäßigkeit grundsätzlich unterstellen können, sofern die Maßnahme durch einen Arzt durchgeführt wird.“ Philipp meint nun, „die Krankenkasse darf ihre Leistung nur gewähren, wenn sie *Nichtrechtswidrigkeit* positiv festgestellt hat“. Er schließt dies daraus, daß die Nichtrechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs als Leistungsvoraussetzung eine bewußte, weil besonders umkämpfte Entscheidung des Gesetzgebers gewesen sei, „die nur das Ziel haben konnte, in jedem Einzelfall die Rechtmäßigkeitsprüfung besonders zu sichern.

Naheliegender ist allerdings, daß der Bundesrat durch diese Formulierung die versicherungsrechtlichen Regelungen der Entwicklung des strafrechtswissenschaftlichen Streitens um die soziale Indikation als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund<sup>11</sup> offenhalten wollte. Hätte sich die Strafrechtsdogmatik für die soziale Indikation als bloßen Schuldabschließungsgrund entschieden, dann wären Schwangerschaftsabbrüche aufgrund sozialer Indikation „ganz von selbst“ aus dem Leistungskatalog der Krankenkassen herausgefallen. Schließlich darf in diesem Zusammenhang auch nicht vergessen werden, daß die Kath. Kirche immer wieder gefordert hat, die soziale Indikation durch eine entsprechende Klarstellung in § 218 a StGB ausdrücklich als bloßen Entschuldigungsgrund auszugestalten. Auch dadurch wäre ohne weiteres der krankenversicherungsrechtliche Leistungsumfang eingeschränkt worden.

Mit diesem „Trick“ hat z.B. das ArbG Iserlohn<sup>12</sup> in einer (mittlerweile vom LAG Hamm aufgehobenen) Entscheidung die Lohnfortzahlung nach einer Abtreibung mit der Begründung abgelehnt, die Arbeitsunfähigkeit werde bei einem Schwangerschaftsabbruch schuldhaft herbeigeführt; die Abtreibung sei im Falle der sozialen Indikation zwar straflos aber gleichwohl rechtswidrig. Aus rechtswidrigem und schuldhaftem Handeln sei aber kein Anspruch auf Lohnfortzahlung herzuleiten. Nur wenn feststehe, daß der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig war, werde das nicht vorhandene Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit fingiert.

Philipp weist uns in seinem Aufsatz weiter darauf hin, daß bei der Rechtswidrigkeitsprüfung

der Untersuchungsgrundsatz gelte, die Krankenkasse habe die Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs von Amts wegen zu ermitteln – die Nichterweislichkeit gehe zu Lasten der Frau. „Ein Rechtsanspruch auf Sachleistung ‚Abbruch der Schwangerschaft‘ besteht nur dann, wenn sich die Krankenkasse und die kassenärztliche Vereinigung pflichtgemäß davon überzeugt haben, daß der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig ist“, folgert Philipp.

Aufschlußreicher als die Behauptung Philipps: „Die Rechtslage ist eindeutig so“ und dies entspreche „allgemeinen Grundsätzen der Leistungsverwaltung“ ist die Antwort auf die Frage, wer ist RA Philipp?

Er war der Anwalt von Ursula Zöllner, die vor dem SG Dortmund gegen die Abtreibung auf Krankenschein klagte; er ist Unterstützer des Heidelberger Manifests, Festredner des Schutzbundes für das Deutsche Volk und Autor eines anderen Beitrags in der NJW, wo er die Abschaffung von Art 16 GG forderte.<sup>12a</sup>

Man kann sich fragen, was passieren würde, wenn irgendwelche Sachbearbeiter bei irgendwelchen Krankenkassen und die Prüfer der kassenärztlichen Vereinigungen Ermittlungen über die Nicht-Rechtswidrigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen durchführen dürften. Was, wenn sie sogar, wie Philipp behauptet, rechtlich dazu gehalten wären?

Nach Zwangsberatung und Notlagenermittlung noch eine Chance zur Inquisition – und noch eine Unwägbarkeit. Mit der Bürokratisierung des Verfahrens, der Ausdehnung inquisitorischer Bestandteile und der Einbeziehung immer neuer Entscheidungsträger in das Verfahren scheint sich die Hoffnung zu verbinden, daß die Verhinderungen schließlich groß genug sein könnten, um tatsächlich Einfluß auf die Abtreibungsentscheidung zu nehmen. Ganz deutlich zielt alles darauf ab, immer mehr Schwellen aufzubauen; der Schwangerschaftsabbruch muß ein Risiko bleiben; Rechtssicherheit soll deshalb unter allen Umständen vermieden werden. Erreichbar erscheint dies dadurch, daß immer mehr Menschen mitreden, sogar mitbestimmen dürfen. Die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens steht für die Frau bis zuletzt, bis hin zur Leistung der Krankenkasse, zur Disposition. Das ist nicht nur ein rechtliches, sondern vor allem ein moralisch-ethisches Moment: bis zuletzt muß die Angst bleiben, etwas Un-Rechtmäßiges zu tun.

## II.

In diesem Sinne passen dann auch die vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungen der AGE Köln<sup>13</sup> und Celle<sup>14</sup> ins Bild.

<sup>10</sup> RA Philipp in: NJW 87/ 2275 ff.

<sup>11</sup> Dreher/Tröndle, Komm. zum StGB, vor § 218 Rd. 9, m.w.N.

<sup>12</sup> ArbG Iserlohn wie Fn. 3; aufgehoben durch das LAG Hamm, LAGE §1 LohnFG, Nr. 15

<sup>12a</sup> siehe dazu: Sabine Wendt, in: Kritische Justiz 83/202

<sup>13</sup> AG-VormG Köln, wie Fn 2

<sup>14</sup> AG-VormG Celle, wie Fn. 4

Das AG Köln hatte in einer (rechtswidrigen) Entscheidung<sup>15</sup> das Sorgerecht für ein nichtgeborenes Kind nach § 1628 BGB allein auf den Vater übertragen, um ihm die Möglichkeit zu geben, gegen seine Ehefrau den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Schwangerschaftsabbruchs zu beantragen. Das war dann aber gar nicht mehr nötig: Der Arzt nahm Abstand und „die Frau ließ sich ebenfalls von ihrem Vorhaben abbringen“<sup>16</sup>, zumal sie bei Abschluß des VormG-Verfahrens bereits in der 10. Schwangerschaftswoche war.

In einer Anmerkung zu diesem Beschluß blieb es Dagmar Coester-Waltjen<sup>17</sup>, ihres Zeichens Mitglied des Deutschen Juristinnen-Bundes, vorbehalten, ein (grundrechtliches) Mitbestimmungsrecht des Vaters zu gebären: „Auf der Seite des Mannes werden durch den Schwangerschaftsabbruch sein Interesse an Fortpflanzung (sic!), sein Recht auf Erziehung und Gesellschaft seines Kindes tangiert. Diese Vaterrechte sind grundsätzlich von der Verfassung (Art. 6 I,II GG) garantiert und vom Staat zu schützen“. Diese Vaterrechte müssen allerdings, so die Konstruktion von Coester-Waltjen, „bei der Indikationslage dem Recht der Frau auf freie Gewissensentscheidung weichen“. Eine ganz andere Frage sei aber, „ob der potentielle Vater einen Schwangerschaftsabbruch, für den keine Indikationslage gegeben ist, durch Inanspruchnahme der Zivilgerichte verhindern kann“. Er kann (es zumindest versuchen), indem er das VormG auf einen beabsichtigten (möglicherweise) illegalen Schwangerschaftsabbruch hinweist. Das VormG müsse auf diese Anregung hin (oder auch von Amts wegen) seinerseits Maßnahmen zum Schutze des werdenden Lebens ergreifen.

Möglicherweise illegal ist nahezu jeder Abbruch im Rahmen einer sozialen Indikation, sei es auch nur mit dem Argument, die von der Frau geschilderte Notlage liege (objektiv) nicht vor. Anregen kann ein (von Amts wegen durchzuführendes) Verfahren jede/r.

Pikanterweise hält aber selbst Rita Süsmuth es für einen „fatalen Weg, wenn im Augenblick die Väter mitentscheiden könnten“, denn „nach Umfragen der Beratungsstellen versuchen sie bei einem Drittel der Fälle, die Mutter zum Abbruch zu bewegen“.<sup>18</sup>

In Fällen aber, wo die Männer/Väter wegen Unzuverlässigkeit ausfallen, ist von jeher das Vormundschaftsgericht als Über-Vater/Mann vorgesehen, denken wir nur an das Recht der nichtehelichen Mutterschaft. Als Wächter über das „Kindeswohl“ ist das Vormundschaftsgericht darüberhinaus die ideale Kontrollinstanz für unmoralische Mütter,

versehen mit dem unschätzbaren Vorteil, daß der Vormundschaftsrichter so etwas ist wie ein Abgeordneter in Sachen Kindeswohl: An Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur seinem Gewissen unterworfen.

In Richtung einer solchen gewissenhaften Rechtsauslegung weist der bereits erwähnte Beschluß des AG-VormG Celle vom 9.2.87.

Kurz zum Fall: Eine fast 17-Jährige, die seit 2 Jahren auf Veranlassung der Mutter im Heim lebte, wurde schwanger. Als sie die Schwangerschaft bemerkte, schluckte sie 21 Antibaby-Pillen, um einen Abort zu provozieren. Wegen der daraufhin auftretenden Schmerzen suchte sie einen Arzt auf, der die Schwangerschaft feststellte und eine Notlagenindikation bescheinigte, die er allerdings noch nicht unterschrieb, weil er sich zunächst die Darstellung der Minderjährigen durch die Mutter bestätigen lassen wollte. Eine Schwangerschaftskonfliktberatung fand ebenfalls statt. Die Mutter verweigerte zunächst ihre Zustimmung zum Abbruch der Schwangerschaft, worauf die Tochter die „Ersetzung“ der Einwilligung durch das VormG beantragte.<sup>19</sup> Nach Abschluß des Anhörungstermins erklärte die Mutter jedoch, daß sie dem Abbruch nunmehr doch zustimmen würde.

Dies gab dem Verfahren eine interessante Wendung, denn das Gericht konnte es nun nicht mehr dabei bewenden lassen, festzustellen, daß „der Sachverhalt dem Gericht keine Veranlassung (gibt), im Wege vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen das der Mutter zustehende Sorgerecht einzuschränken und (...) der Minderjährigen zur Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch zu verhelfen“<sup>20</sup>, vielmehr sah sich das Gericht veranlaßt, „den Abbruch der Schwangerschaft ausdrücklich zu untersagen“<sup>21</sup>. Und weil das immer noch nicht reichte, verhängte es nach § 33 FGG ein Zwangsgeld gegen die Frau, auf dessen vorherige Androhung, die vom Gesetz vorgeschrieben ist, es „im Interesse des absoluten Lebensschutzes des Embryos“ verzichtete.<sup>22</sup> Um die ganze Sache ganz sicher zu machen, verhängte das Gericht auch gleich noch ein Zwangsgeld gegen den Leiter der gynäkologischen Abteilung des nächsten Krankenhauses (und seinen Vertreter!). § 1666 Abs. 1 Satz 2 BGB erlaubt Maßnahmen auch gegen Dritte, die durch ihr Verhalten das Kindeswohl gefährden. Auch hier wurde nicht lange angedroht, sondern gleich festgesetzt.

Die zynische Folge dieser Menschenschützerie durch staatlichen Zwang ist, nach einer Information der TAZ, daß die Frau nicht mehr im Heim lebt und niemand ihren derzeitigen Aufenthaltsort kennt.

Die Frage, die sich mir hier zunächst stellte, war: Warum ist dieser Fall beim Vormundschafts-

15 Lore Marie Peschel-Gutzeit: Zwangsmutterschaft oder: wie weit gehen die Rechte der „neuen Väter“?, in: EMMA 10/1985, S. 18 ff.; Jagert, FamRZ 85/ 1173

16 so Bosch in einer Anm. der Redaktion zum Beitrag von Jagert (siehe Fn. 15)

17 Dagmar Coester Waltjen, wie Fn. 6

18 siehe Fn. 9

19 AG-VormG Celle, wie Fn. 4

20 a.a.O., S. 738

21 a.a.O., S. 739

22 a.a.O., S. 741



gericht gelandet? Oder anders, warum bzw. wer verlangte die Einwilligung der gesetzlichen Vertreterin?

Im Gesetz, aber auch in den Durchführungsverordnungen der einzelnen Länder, ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Bei der Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch handelt es sich um eine (strafbefreiende) strafrechtliche Einwilligung, nicht um eine zivilrechtliche Willenserklärung. Für die strafrechtliche Einwilligung ist die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit nicht Voraussetzung. Bei einer Minderjährigen kommt es darauf an, „ob sie die Fähigkeit besitzt, Grund und Bedeutung des Eingriffs zu erkennen und ihren Willen hiernach zu bestimmen“<sup>23</sup>. Das Lebensalter wird dabei als eher unzuverlässiges Kriterium angesehen. Gleichwohl gilt als Regel, daß „oberhalb von 16 Jahren die Einwilligungsfähigkeit eher zu bejahen als zu verneinen sein (wird)“<sup>24</sup>; § 219 e IV der RegE sah zunächst vor, daß alle Betroffenen unter 16 Jahren der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, was im Umkehrschluß die Auslegung zuläßt, daß – von wenigen Ausnahmen abgesehen – über 16-Jährige dieser Einwilligung nicht bedürfen. Bei Dreher/Tröndle<sup>25</sup> wird sogar die Auffassung vertreten, daß eine 16-Jährige in allen Fällen selbst entscheiden könne.

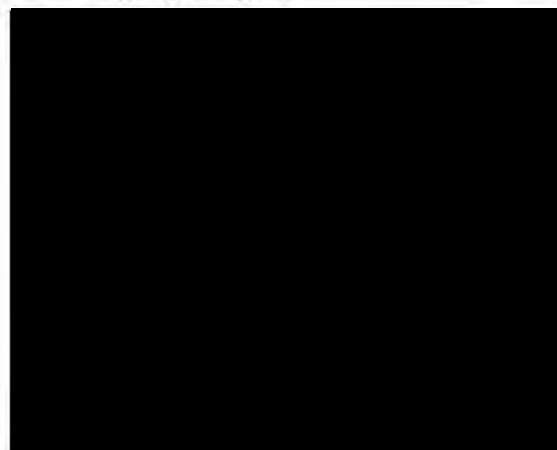
Auch die „Beratungsvorschriften“ der einzelnen Bundesländer sehen eine Beteiligung des gesetzlichen Vertreters nicht zwingend vor. In der Bayerischen Regelung heißt es, bezogen auf die Beratung nach § 218 b StGB, sogar ausdrücklich: „Eine minderjährige Schwangere bedarf für die Beratung nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.“<sup>26</sup> Und in der Ba-Wü-Regelung ist nur eine Beteiligung mit Einwilligung der Schwangeren vorgesehen<sup>27</sup>, wobei in einem Begleitschreiben mitgeteilt wird, daß diese Einwilligung von der Minderjährigen allein erteilt werden kann, „wenn sie zur Überzeugung der Beratungsstelle nach ihrer Persönlichkeitsentwicklung die erforderliche Einsichtsfähigkeit in Inhalt und Tragweite der Schwangerschaftskonfliktberatung hat.“<sup>28</sup>

Die Frage, wann eine Minderjährige über den Schwangerschaftsabbruch allein entscheiden kann, ist weniger eine Frage des Standpunktes als eine Frage der Gesetzessystematik.

Beim Schwangerschaftsabbruch gelten, wie auch sonst im Strafrecht, die allgemeinen Grundsätze über die Einwilligung, wie sie insbesondere zu § 226 a StGB und im Rahmen der Rechtfertigungsgründe entwickelt wurden.<sup>29</sup> Zwar war ursprünglich in § 219 e des Regierungsentwurfs eine spezielle Regelung über die Erfordernisse der Einwilligung in den Schwangerschaftsabbruch geplant gewesen, solange es eine solche ausdrückliche Regelung nicht gibt, bleibt es jedoch bei den allgemeinen Regeln. Sie setzen nur *Verständnisfähigkeit*<sup>30</sup> voraus, und zwar im jeweiligen Einzelfall.

Darüber hinaus spricht einiges für eine generelle Einwilligungsfähigkeit bei Schwangeren über 16 Jahren. Dies folgt m.E. aus der im Rahmen des Sexualstrafrechtes durchaus üblichen Altersgrenze von 16 Jahren, oberhalb derer (von wenigen Ausnahmen abgesehen, z.B. § 174 Abs. 1 Ziff. 2,3) unterstellt wird, daß eine Frau die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat, in einen freiwilligen Sexualkontakt (und seine Folgen) einzuwilligen. Zwar handelt es sich in diesen Fällen um Strafverschonungsregelungen für männliche Täter (§§ 174, 180, 182 StGB), aber letztlich handelt es sich aus der Sicht der weiblichen Opfer um nichts anderes als (fingierte) Einwilligungsgrenzen, denn nur unterhalb dieser Grenzen wird die „Widerwilligkeit“ fingiert, darüber muß sie eigens nachgewiesen werden. Wenn die „Einwilligungsfähigkeit“ aber in diesen Fällen zugunsten der Männer fingiert wird, dann muß sie im Rahmen des § 218 StGB erst recht zugunsten der betroffenen Frau gelten.

Beweisrechtlich folgt daraus eine „Umkehrung der Beweislast“: für die mangelnde Einsichtsfähigkeit einer Frau über 16 Jahren müssen Anhaltspunkte gegeben sein. Der erste Anschein spricht für ihre Einwilligungsfähigkeit.



Es verwundert kaum, daß das VormG Celle die Gelegenheit genutzt hat, die Darlegungslast in seinem Sinne „umzukehren“, so „daß auch ein nahezu 17 Jahre altes Mädchen bei durchschnittlicher Intelligenz und Lebenserfahrung jedenfalls im Regelfall mit der Beurteilung der Situation als überfordert anzusehen sein wird. (...) R.K. (die betrof-

23 Augstein/Koch: Was man über den Schwangerschaftsabbruch wissen sollte, Beck/dtv-Rechtsberater, S. 188 sprechen von „natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit“, ähnlich: Eser/Hirsch: Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, S. 181

24 Augstein/Koch a.a.O., S. 189; Schönke/Schröder, Komm. zum StGB, § 218 a, Rdnr. 38; ähnlich auch Eser/Hirsch, a.a.O., S. 184

25 Dreher/Tröndle, § 218, Rdnr. 13

26 zitiert nach Augstein/Koch, a.a.O., S. 179

27 Richtlinien des Ministeriums für Arbeit Nr. V/4-7443 vom 9.12.1985

28 Schreiben der Vertretung Ba-Wü beim Bund

29 vgl. z.B. Dreher/Tröndle, vor § 32, 2) A b)

30 Dreher/Tröndle, vor § 218 Rdnr. 11

fene Frau, die Verfin.) weist keine Anzeichen dafür auf, daß sie ihren Altersgenossen im durchschnittlichen Entwicklungsstand so weit voraus wäre, daß für sie in diesem Zusammenhang etwas anderes gelten könnte." (S. 739)

Eine solche Regel hat freilich noch niemand aufgestellt. Selbst zurückhaltende Kommentierungen gehen davon aus, daß „letztlich entscheidend die Beurteilung im Einzelfall (ist); was eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit der Minderjährigen voraussetzt.“<sup>31</sup> Um die hat sich das VormG Celle aber ganz offensichtlich gar nicht gekümmert. Zu Unrecht beruft es sich deshalb auch auf eine Entscheidung des LG Berlin.<sup>32</sup> Dort ist immerhin im Rahmen der Erörterung der Einsichtsfähigkeit der Versuch gemacht worden, der Persönlichkeit der betroffenen Frau näher zu kommen.

Im Ergebnis kam es aber darauf nicht an; die Kammer hielt zwar die Einwilligung der Eltern für erforderlich, entschied aber gleichzeitig, daß die Eltern „mit der strikten Ablehnung eines Schwangerschaftsabbruchs, ohne die verzweifelte Situation ihrer Tochter gebührend zu berücksichtigen und ohne ihrer Tochter elterlichen Zuspruch und elterliche Hilfe zu gewähren, ihr Personensorgerecht (mißbrauchen).“ Das Gericht bestellte einen Pfleger, um die erforderliche Einwilligung zu erteilen. Auch in der dritten, mir bekannten Entscheidung zu diesem Problemkreis ist das LG München I<sup>33</sup> davon ausgegangen, daß die 16-jährige Betroffene die Einwilligung selbst erteilen konnte.

Dem VormG Celle ist aber ausgerechnet die Tatsache, daß die fast 17-Jährige möglicherweise selbst einwilligen konnte, Anlaß, den Abbruch unter Festsetzung von Zwangsgeld zu untersagen, denn „dem Gericht ist (bekannt), daß Abbrüche bei mindestens 16 Jahre alten Schwangeren, tatsächlich auch ohne Einwilligung des Sorgeberechtigten durchgeführt werden und daß dies, sofern der Arzt ausreichende geistige und sittliche Reife als vorhanden voraussetzt, soweit als rechtlich zulässig angesehen wird.“<sup>34</sup>

In der zuletzt genannten Entscheidung des LG München I konnten die Eltern der Schwangeren dann aber gleichwohl den Schwangerschaftsabbruch untersagen: Sie verweigerten einfach ihre Zustimmung zum ärztlichen Behandlungsvertrag. Wegen §§ 107, 108 BGB war der Vertrag ohne die Einwilligung der Eltern unwirksam. Die Verweigerung dieser Zustimmung sah das LG München nicht als Sorgerechtsmißbrauch an.

Diese Möglichkeit ist allerdings, wie auch das VormG Celle in seiner Entscheidung feststellt, durch die „Abtreibung auf Krankenschein“ fraglich geworden. Bei der „Abtreibung auf Krankenschein“ werden ausschließlich Rechtsgeschäfte getätigt, durch die die Minderjährige „lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt“. Solche Geschäfte sind aber von der Zustimmung des/der gesetzlichen Vertreters/in nach § 107 BGB ausdrücklich angenommen. Den auf diese Weise verlorengegangenen Einfluß scheint das Vormundschaftsgericht dadurch ausgleichen zu wollen, daß es keine auch noch so entfernte Möglichkeit ausgelassen hat, weitreichende und grundsätzliche (Rechts-)Auffassungen kundzutun.

Kein Gericht ist jemals vorher so weit gegangen, von Amts wegen und unter Androhung eines Zwangsgeldes einen Schwangerschaftsabbruch zu untersagen. Dogmatisch vorbereitet wurde diese Entscheidung ausgerechnet durch die Arbeit von Dagmar Coester-Waltjen.

Unter Hinweis auf Dagmar Coester-Waltjen schreibt das Gericht: „Im Einzelfall ist das VormG gemäß § 1666 BGB gehalten, durch geeignete Maßnahmen den Schutz des gefährdeten menschlichen Lebens zu realisieren.“ „Die Entscheidung ergeht insoweit von Amts wegen gemäß § 1666 BGB im Interesse und zum Wohle des gezeugten, noch nicht geborenen Kindes.“<sup>35</sup>

Weder Coester-Waltjen noch das VormG Celle setzen sich dabei mit dem wichtigsten Gegenargument auseinander, daß der vormundschaftlichen Konfliktregelungskompetenz nur Angelegenheiten der elterlichen Sorge unterliegen, ein nasciturus aber noch nicht der elterlichen Sorge untersteht.<sup>36</sup>

Für eine analoge Anwendung fehlt, wie Jagert in seiner Arbeit überzeugend nachweist, die „erforderliche planwidrige Regelungslücke“. Die Vorschriften des BGB „schützen nur erst mit der Geburt werdende Rechte des nasciturus“. Und weiter schreibt er: „Die im Strafrecht getroffene Abwägung (...) gilt für die gesamte Rechtsordnung und darf nicht durch eine vormundschaftsgerichtliche Analogie umgangen werden.“<sup>37</sup>

Für das VormG Celle sind diese dogmatischen Klippen kein Problem: „(Nach § 1666 BGB) hat das Gericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, eine Gefahr abzuwenden, die zur Abwen-

31 Eser/Hirsch, a.a.O. (Fn. 23), S. 184

32 LG Berlin, FamRZ 80/ 285

33 LG München I, NJW 80/ 646

34 AG-VormG Celle, wie Fn. 4, S. 740

35 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 739 und 740

36 siehe Fn. 15

37 Jagert, a.a.O., S. 1175

dung dieser Gefahr erforderlichen Maßnahmen zum Schutze des Kindes zu treffen (...), ‚Kind‘ i.S. des § 1666 BGB ist auch das gezeugte, aber noch ungeborene Leben. Das ergibt sich mittelbar aus der Vorschrift des § 1912 Abs. II BGB, wonach die Fürsorge für die Leibesfrucht den Eltern soweit zusteht, als ihnen die elterliche Sorge zusteht, wenn das Kind bereits geboren wäre.“<sup>38</sup>

§ 1912 Abs. 2 BGB hat allerdings einen klaren Bezug auf § 1912 Abs. 1 BGB, in dem es heißt, daß einer Leibesfrucht zur Wahrung ihrer *künftigen* Rechte ein Pfleger bestellt werden kann, soweit diese einer Fürsorge bedürfen. Diese Fürsorge in Bezug auf die zukünftigen Rechte steht aber insoweit den Eltern (und nicht dem Pfleger!) zu, als ihnen die elterliche Sorge zustünde, wenn das Kind geboren wäre (§ 1912 II BGB). § 1912 Abs. 2 BGB ist deshalb keine Durchbrechung, sondern eine Bestätigung des Prinzips, daß „(die Normen des BGB) nur solche Rechte des Ungeborenen bewahren, die erst mit der Lebendgeburt – und nur dann – zum Tragen kommen“.<sup>39</sup>

Das Gericht scheint sich mit dem Hinweis auf § 1912 II BGB selbst nicht auf sicherem Grund gefühlt zu haben, denn es schreibt weiter: „Es (das Recht, Maßnahmen nach § 1666 BGB zum Schutze des Ungeborenen zu treffen, die Verfin.) folgt zum anderen deutlicher aus der Wertentscheidung des Grundgesetzes, vor dessen Hintergrund das einfache Gesetz zu interpretieren ist. (...) Die sich daraus (aus Art. 1 I und Art. 6 II GG, die Verfin) ergebende Schutzpflicht des Staates gebietet es, sich schützend und fördernd auch vor das sich entwickelnde menschliche Leben zu stellen und es vor rechtswidrigen Eingriffen zu bewahren.“<sup>40</sup>

Mit dem Hinweis auf das Grundgesetz und dessen angeblich objektive Werteordnung umgeht das Gericht eindeutige gesetzgeberische Wertungstatbestände. So spricht z.B. § 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften, die die Rechte des nasciturus für den Fall seiner Lebendgeburt sichern, dafür, daß mit dem „Bürgerlichen Gesetzbuch“ das Recht der Lebendgeborenen kodifiziert werden sollte und kodifiziert wurde. Soweit das Lebensrecht des „werdenden Lebens“ geschützt werden sollte, ist dies abschließend und für die gesamte Rechtsordnung bindend im Strafgesetzbuch geschehen.<sup>41</sup>

Wie weit sich das VormG Celle über die dort getroffene Regelung hinwegsetzt, zeigt sich an anderer Stelle noch deutlicher. Um seinen Eingriff zu rechtfertigen, mußte es feststellen, daß es sich um eine illegale Abtreibung gehandelt habe, denn selbst Dagmar Coester-Waltjen stellte in ihrem Aufsatz klar, „daß in den Fällen, in denen eine Indikationslage bejaht werden muß, eine Abwägung der Kindesinteressen durch Dritte (sei es der Staat oder der Ehemann) nicht mehr stattfinden kann.“

Es verwundert kaum, daß es dem Gericht ohne weiteres gelingt, festzustellen, daß eine Indikation nicht vorliegt. Obwohl der behandelnde Gynäkologe sowohl eine Schädigung des Embryos durch die Einnahme der Überdosis ‚Marvelon‘ nicht ausschloß, als auch eine Notlagenindikation bereits in einer ärztlichen Bescheinigung attestiert, wenngleich noch nicht unterschrieben hatte, und bei seiner Anhörung ausdrücklich darauf hinwies, daß nach allgemein üblicher Praxis die soziale Indikation hier als gegeben erachtet werden müsse, lehnte das Gericht, in eigener Machtvollkommenheit, sowohl das Vorliegen einer eugenischen als auch einer sozialen Indikation ab.

Die Gründe für eine eugenische Indikation liegen nach Ansicht des Gerichtes noch nicht vor; sie seien ab der 16. Schwangerschaftswoche „mit hoher Sicherheit durch Ultraschalluntersuchung und Amniozentese“ (Hervorhebung durch das Gericht) feststellbar. Dann könne erneut eine Entscheidung des Gerichts herbeigeführt werden.

In Bezug auf die Auslegung dieses Merkmals befindet sich das Gericht durchaus im Einklang mit den Strafrechtskommentierungen, die für die Frage, ob „nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe“ für die Annahme eugenischer Schäden sprechen, ebenfalls „einen erheblichen Grad an Wahrscheinlichkeit verlangen“<sup>42</sup> und mit Vorliebe auf die Amniocentese als Mittel der Erkenntnis verweisen: „Es steht der Wissenschaft mit der Fruchtwasseranalyse ein noch verfeinerungsfähiges, risikoloses Verfahren zur Verfügung, das gewisse Krankheitsprognosen (bei 8 bis 42 Krankheiten) für das zu erwartende Kind mit Sicherheit stellen läßt“.<sup>43</sup>

Trotz meiner ganz grundsätzlichen Vorbehalte gegen die eugenische Indikation und ihre ideologische Rechtfertigung glaube ich, daß sich hier rächt, daß so wenig bewußte Frauen an der strafrechtsdogmatischen Auseinandersetzung um die Auslegung des § 218 beteiligt sind.

Bindet man die eugenische Indikation an die „Sicherheit“ einer Fruchtwasseruntersuchung, dann setzt man die Frau nicht nur der alles andere als risikolosen Untersuchung aus<sup>44</sup>, man erhöht auch bewußt die Gefahr des medizinischen Eingriffs beim Schwangerschaftsabbruch.<sup>45</sup> Die 22-Wochen-Frist

41 Jagert, a.a.O.

42 Dreher/Tröndle, § 218, Anm. 16; Augstein/Koch, wie Fn. 23, S. 95 ff.

43 Dreher/Tröndle, a.a.O., unter Hinweis auf die Protokolle des Bundestages, BtDrs. VI, 2183 ff. und 2189; vgl. dazu auch die differenziertere Erörterung bei Augstein/Koch a.a.O., S. 100

44 zum gentechnolog. Interesse vgl. STREIT 3/85, S. 117

45 Ketting/van Praag: Schwangerschaftsabbruch, Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich, Tübinger Reihe 5, schreiben, daß das Komplikationsrisiko ab der 8. Schwangerschaftswoche global alle 2 Wochen um 50% zunimmt. Für die BRD errechnen sie z.B. das Risiko in der 12 - 14 Woche mit 3,7%, in der 15 - 24. Woche mit 9,1% (gerechnet in Postkontrazeptionswochen). Vgl. auch: Ehlers/Löb in: STREIT 2/85, S. 62; Vera Slupik: Weg mit dem § 218, EMMA-Buch, 1986, 122

38 AG-VormG Celle, (wie Fn. 4), S. 739

39 Jagert, a.a.O.

40 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 740

bei der eugenischen Indikation „erklärt sich“, worauf Dreher/Tröndle ausdrücklich hinweisen, „daraus, daß die Amniozentese, die in der 14. bis 16. Woche nach der letzten Menstruation optimal durchführbar ist, in gewissen Fällen einen Zeitraum bis zur 22. Woche nach der Empfängnis benötigt“.<sup>46</sup>

Mit anderen Worten: die Amniozentese und nicht das medizinische Risiko für die Frau bestimmen den Zeitpunkt des Abbruchs – und das nur, weil die Verfechter des Embryonen-Vorrangs Gewißheit brauchen, ob „dringende Gründe“ vorliegen. (Ich empfehle diese Auslegung auch für §§ 81 II, 112, 128a I StPO.) Gerade in solchen Definitions- und Auslegungsfragen wird der Zynismus deutlich, der einer Indikationen-Regelung immanent ist, die Ausnahmen von der (Strafbarkeits-)Regel formuliert. Endgültige Abhilfe schafft hier nicht der Versuch, der herrschenden Auslegung eine andere Art der Begrifflichkeit und Wertigkeit gegenüberzustellen; Abhilfe bringt nur die Abschaffung des § 218 oder zumindest die Einführung einer Fristenregelung ohne Begründungspflicht. Gleichwohl ist dies auch im Rahmen der Entscheidung des VormG Celle bestenfalls ein „Nebenwiderspruch“.

In der Tendenz richtet sich die Entscheidung klar gegen die Handhabung der sozialen Indikation.

Zunächst stellt das Gericht fest, daß die Indikationsbescheinigung des Arztes nicht ausreicht, erforderlich sei nicht nur eine „subjektive Annahme“ des Arztes, sondern eine „objektive, ärztliche Erkenntnis“, deren „Schlußfolgerungen nachvollziehbar an den gesetzlichen Kriterien ausgerichtet sind“.<sup>47</sup> In Anwendung der gesetzlichen Kriterien kommt das Gericht zu dem Schluß, daß eine soziale Indikationslage „objektiv“ nicht gegeben sei. Die Begründung ist in ihrer „Logik“ zynisch:

R.K. befindet sich jedoch durch die Schwangerschaft weder in einer wirtschaftlichen noch in einer sozialen Notlage dieser Art, noch bestehen Anhaltspunkte dafür, daß solche eintreten werden. Sie wird über Mittel der Jugendhilfe unterhalten. Diese Unterhaltung wird durch die Schwangerschaft und deren Austragung nicht unterbrochen. Sie kann, wie dargetan, in dem bisherigen Kinderheim wohnen bleiben und für die Dauer der Entbindung und der unmittelbaren Zeit davor und danach Aufnahme in einem Heim für Mutter und Kind finden. Sie braucht zunächst ihre bisherige Lebensweise nicht mehr zu verändern, als dies durch jede Schwangerschaft bedingt ist. Auch die Versorgung des Kindes bringt sie wirtschaftlich nicht in eine andere Situation als die, in der sie sich jetzt befindet. Mangels eigener Mittel wird das Kind aus öffentlichen Mitteln unterhalten werden müssen.

R.K. gerät durch die Schwangerschaft allenfalls in eine Notlage psychischer Art durch den Umstand, daß sie einerseits unverehelicht und andererseits erst 16 Jahre alt ist. Diese Umstände machen es ihr vergleichsweise schwerer, die Schwangerschaft als solche anzunehmen und sich in sie zu schicken. Diese Notlage kann jedoch nicht als so schwerwiegend i.S. des Gesetzes angesehen werden, daß deshalb von ihr die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden könnte. Ihre dadurch möglicherweise bedingte Bedrängnis wird weniger durch objektive, von ihr nicht änderbare

äußere Bedingungen als durch die innere Einstellung zu der Schwangerschaft hervorgerufen. Diese Einstellung ist jedoch angesichts der psychisch und physisch gesunden Verfassung R.K.'s bei einem Alter von nahezu 17 Jahren veränderbar. (...) Das Gericht hat die begründete Erwartung, daß R.K. damit nicht allein gelassen wird. Einen für den Arzt straf-freien Abbruch der Schwangerschaft erlaubt die Situation nicht.

Zuzugeben ist, daß die nach der Entbindung folgenden mit der Versorgung und Unterhaltung des Kindes verbundenen Einschränkungen für die in ihrer Berufsausbildung nicht fertige, alleinstehende Mutter aus deren Sicht die Gefahr einer schwerwiegenden Notlage darstellen kann. Diese könnte insofern als schwerwiegend erachtet werden, als daß damit ihr gesamter weiterer Lebensweg in einer für sie belastenden Weise geprägt werden könnte. Insofern gebietet jedoch das Gesetz, zu prüfen, ob die Notlage nicht auf andere für die Schwangere zumutbare Weise abgewendet werden kann. Das ist hier der Fall. Von der Versorgung und Unterhaltung des Kindes kann die Schwangere nach der Entbindung durch die Inpflegegabe des Kindes und – sofern sie dies frühestens 8 Wochen nach der Geburt wünscht – durch die Adoptionsfreigabe entlastet werden. Das ist im Hinblick auf das Lebensrecht des Embryos einer Mutter in einer derartigen Situation generell zumutbar (Dreher/Tröndle, a.a.O., Rz 27 zu § 218a). Für eine Ausnahmesituation ist hier nichts ersichtlich.

Bei der Recherche für einen solchen Artikel stellt man dann plötzlich bestürzt fest, daß dieses Gericht sich bei seiner Entscheidung nicht durch *besondere* Frauenverachtung hervorgetan hat.

Tatsächlich ist diese Urteilsbegründung fast wörtlich der Kommentierung von Dreher/Tröndle entnommen. Dort heißt es, und das schon seit über 10 Jahren:

(Als Hilfen kommen in Betracht) „Herausnahme von Kindern (?), meint wohl auch früher geborene – die Verfin) aus der Familie durch Heimunterbringung oder die des zu erwartenden Kindes durch Adoption. (...) Entscheidend ist, ob die Hilfen der konkreten Schwangeren in ihrer konkreten Situation nicht nur gewährt, sondern auch zugemutet werden können. (...) Doch wird man bei dem vom BVerfG immer wieder betonten hohen Rang des Ungeborenen Heimunterbringung, Unterbringung in einer anderen Familie oder Adoption, auch wenn dagegen generell oder vom Standpunkt der werdenden Mutter her Bedenken von Gewicht geltend gemacht werden können, in der Regel für zumutbar halten.“<sup>48</sup>

So gelangt man durch einfache Rechtsauslegung zum faktischen Ende der sozialen Indikation. Denn wenn solche Hilfen „in der Regel zumutbar“ sind, dann ist die Gefahr auch in der Regel anders abwendbar als durch eine Abtreibung, und die Voraussetzungen des § 218 a Abs. 2 Nr. 3 b) würden in der Regel nicht vorliegen.

Der Frage der „Zumutbarkeit“ solchen Ansinnens im konkreten Einzelfall wird dabei, wie die Entscheidung des VormG Celle zeigt, keine über-große Bedeutung beigemessen.

Was bedeutet es für eine Frau, die vielleicht grundsätzlich ein Kind will, nur zum jetzigen Zeitpunkt nicht, ein Kind austragen zu müssen? Was unterscheidet eine Schwangerschaft, die von vorn-herin in einer Adoption enden soll, psychisch von

46 Dreher/Tröndle, a.a.O., Anm. 18

47 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

48 Dreher/Tröndle, § 218 a, Anm. 27, 28

einer Leihmutterchaft? Wie kommt jemand, und sei es auch nur gedankenspielerisch, auf die Idee, daß Eltern Kinder in ein Heim geben sollten, damit die Mutter (rechtlich) gezwungen ist, ein Ungeborenes auszutragen? Das VormG Celle formuliert das Ziel der Zumutungen: „Erfahrungsgemäß (?) (weicht) eine im Frühstadium der Schwangerschaft vorhandene psychische Verweigerungshaltung bei fortschreitender Schwangerschaft in vielen Fällen deren innerer Akzeptanz“.<sup>49</sup> Was bleibt den Frauen auch anderes übrig? Frauen existieren in diesen Äußerungen nur noch als ‚Fruchtblasen‘. Willensäußerungen werden ignoriert, am liebsten mit der Begründung, daß sie nicht wissen, was gut für sie ist. Wesentliche Charaktereigenschaft scheint ihre Unmündigkeit. Wie eh und je werden Frauen zu ihrem „Glück“ gezwungen, heißt, was Männer dafür halten. (Ich schlage auch hier die Einführung des Begriffs der „vis haud ingrata“<sup>50</sup> vor.) Bei all dem wissen die Männer natürlich ganz genau, was sie tun – und was ihnen nützt (ideologisch). Den Frauen wird hier explizit verweigert, was die Ideologie des Rechts allen zugesteht: Einzelfallgerechtigkeit. Erst recht finden generalisierbare Erkenntnisse über die ‚Subkultur Frau‘ keinen Eingang in die Auslegung rechtlicher Begriffe.

Kehren wir nochmals zum Ausgangspunkt der Überlegungen zurück. Wohin führt uns die Entscheidung des VormG Celle? Sie führt zurück: von der (ehedem geforderten und versprochenen) Selbstbestimmung über die Mitbestimmung (Arzt, gesetzliche Vertreter, Ehemann, Gericht, Krankenkasse) zur völligen Fremdbestimmung (VormG Celle) – die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie überhaupt irgendetwas entscheiden darf.

Abgesehen von diesen allgemeineren Überlegungen gibt es aber auch streng rechtliche Fragen, die der Aufsatz von Philipp und die Entscheidung des VormG Celle gleichermaßen aufwerfen: In welchem Umfang nämlich dürfen Gerichte (und die Kompetenz der Krankenkassen kann sicherlich nicht weitergehen) die Indikationsfeststellungen des Arztes überprüfen?

Die Frage nach der rechtlichen Qualität der ärztlichen Indikationsfeststellung habe ich leider nirgendwo beantwortet gefunden. So muß ich zwangsläufig selbst nach einer Antwort suchen. Wir alle kennen den (privaten) Subunternehmer, dem öffentliche Aufgaben übertragen werden. Der TÜV z.B. ist solch ein Subunternehmer. Wie der TÜV zeigt, können dem Subunternehmer bei der Aufgabenerfüllung Ermessens- und Beurteilungsspielräume eingeräumt werden. In welchem Umfang diese Entscheidungsspielräume von den Gerichten überprüft werden dürfen, ist nicht ganz unstrittig.

Zumindest dann, wenn die Beurteilung eine besondere Fachkunde voraussetzt, wird allgemein angenommen, daß die Überprüfungsbefugnis des Gerichtes dahingehend eingeschränkt ist, ob a) bei der Entscheidung von falschen Tatsachen ausgegangen wurde, b) allgemein gültige Bewertungsgrundsätze nicht beachtet wurden und c) sachfremde Erwägungen die Entscheidung beeinflußt haben.<sup>51</sup> Zwar unterliegen auch die unbestimmten Rechtsbegriffe der Auslegung. Das Gericht darf jedoch keine Sachentscheidung aufgrund eigener Bewertung vornehmen.

Meine Ausgangsthese lautet nun: Der indizierende und der ausführende Arzt sind private Subunternehmer, die originär staatliche Aufgaben wahrnehmen. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben wurde ihnen aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnis und des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patientin bewußt ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt. Bei einer gerichtlichen Überprüfung der Indikation ist das Gericht darauf beschränkt zu überprüfen, ob der Arzt die Rechtsbegriffe richtig ausgelegt, falsche Tatsachen zugrundegelegt hat, von allgemein, das heißt unter den (indizierenden und ausführenden) Ärzten üblichen Bewertungsmaßstäben abgewichen ist oder ob sachfremde Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind. Eine eigene Sachentscheidung steht dem Gericht nicht zu. Verläuft die Überprüfung der o.g. Faktoren negativ, ist die Indikation rechtswirksam und der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig.

Dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers allein der Arzt, aufgrund seiner besonderen Sach- und Fachkenntnis – innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraumes – das Vorliegen einer Indikation ermitteln und feststellen sollte, gibt es objektiv gute, ja zwingende Gründe: Anders als bei den entscheidenden Gerichten herrscht bei den Ärzten das Recht der freien Arztwahl; darüber hinaus besteht für die Ärzte eine Schweigepflicht (übrigens ebenso wie für die Mitarbeiterinnen der Beratungsstellen, vgl. § 203 Abs. 1 Ziff. 4a StGB). Diese Schweigepflicht bindet den/die Arzt/in sogar gegenüber den gesetzlichen Vertretern. In den bereits zitierten Bayrischen Richtlinien heißt es ausdrücklich: „Der Anspruch auf Beratung ist höchstpersönlicher Art“. Durch dieses Verfahren, bei dem die Schwangere ihre „Notlage“ nur vor einem Arzt/einer Ärztin ihrer Wahl und ihres Vertrauens schildern muß, der die Voraussetzungen des § 218a prüft, im übrigen aber ausschließlich über die medizinischen Risiken und die öffentlichen und privaten Hilfen beraten wird, wird die Feststellung einer Notlage, die sich in der Regel nur in einem vertrauten, persönlichen Gespräch offenbart, erst ermöglicht.

Tatsächlich kann ein Gericht, und das erweist die Entscheidung des VormG Celle eindeutig, eine Notlage nicht in Erfahrung bringen, weil ein persön-

49 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 739

50 nicht unwillkommene Gewalt

51 vgl. z.B. BVerwGE 21, 130

licher Eindruck in einem Gerichtsverfahren nicht zu gewinnen ist. Das Unverständnis, mit dem das VormG Celle die Lage der Frau beschreibt, legt genau hiervon Zeugnis ab. Und weil das Gericht von der Frau selbst nichts erfahren hat, muß es allenthalben auf allgemeine Erkenntnisse zurückgreifen oder seine eigenen Wertungen und sein eigenes (Un-)Verständnis an die Stelle setzen. Das Ergebnis ist eindrücklich.

Wenn der Schutz des werdenden Lebens eine Aufgabe des Staates ist, wie es das BVerfG-Urteil mehrfach beschreibt, dann nimmt der Arzt, der das Vorliegen einer Indikation feststellt, originär staatliche Aufgaben wahr. Dies zeigt sich auch daran, daß die Regelungen der § 218a, 218b StGB nicht nur strafrechtliche Rechtfertigungen darstellen, sondern auch Leistungsvoraussetzungen z.B. im Bereich des Krankenversicherungsrechts und faktisch den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (z.B. städtische Krankenhäuser) regeln. Qualitativ handelt es sich insoweit um eine öffentlich-rechtliche Leistungsgewährung.

Bei Indikationfeststellung handelt es sich demnach um die Delegation öffentlicher Aufgaben auf einen Privaten. Bei der Wahrnehmung der delegierten Aufgabe ist dem Arzt ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. Augstein/Koch a.a.O., Seite 86). Sicheres Zeichen hierfür ist die Verwendung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe, von denen § 218a StGB gleich eine ganze Reihe aufzuweisen hat: „ärztliche Erkenntnis“, „dringende Gründe“, „sonst angezeigt“, „die so schwer wiegt, daß ... nicht verlangt werden kann“, „nicht auf andere ... zumutbare Weise abgewendet werden kann“.

Darüber, in welchem Umfang solche Beurteilungsspielräume durch ein Gericht überprüft werden dürfen, gibt es eine überaus differenzierte Rechtsprechung. Die dabei aufgestellten Grundsätze müssen auch im Rahmen der Indikationfeststellung gelten. Dafür spricht m.E. insbesondere auch, daß der Gesetzgeber die Indikation zum Schwangerschaftsabbruch in allen Alternativen ausdrücklich an die „ärztliche Erkenntnis“ gebunden hat (§ 218a, 219 StGB). Dem Gericht steht es deshalb nicht offen, das Vorliegen einer Indikation zu verneinen, wenn ein Arzt die Indikation bejaht und dabei den ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum eingehalten hat. Schon gar nicht kann eine Krankenkasse ein solches Recht haben.

M.E. hat das VormG Celle die ihm eingeräumte Überprüfungsbefugnis überschritten. Rechtlich zulässig wäre nur eine Prüfung der Frage gewesen, ob der Arzt seinen Beurteilungsspielraum in den rechtlich zulässigen Grenzen ausgeübt hat. Dies war der Fall. Rechtsbegriffe sind von dem Arzt nicht falsch ausgelegt worden, tatsächlich hat er wohl nur die Fragen der „Schwere“ der Notlage und der „Zu-

mutbarkeit“, sie anders als durch eine Abtreibung abzuwenden, anders beurteilt. Genau das liegt aber innerhalb des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraumes. Ganz offensichtlich ist der Arzt auch nicht von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen. Allgemeine Bewertungsgrundsätze hat er nach seinen Angaben nicht verletzt, weil er innerhalb der allgemein üblichen Praxis verfahren hat. Allgemeine Bewertungsgrundsätze wären hier im übrigen wiederum durch die Ärzte aufzustellen, dort hätte das Gericht Informationen einholen müssen. Auch das VormG räumt an mehreren Stellen ein, daß bestimmte Auswirkungen der Schwangerschaft zu einer schwerwiegenden Notlage i.S.d. § 218a führen könnten.<sup>52</sup>

Mit dieser Rechtsauffassung wäre der betroffenen Frau (möglicherweise noch anderen), nicht aber dem zuständigen Richter geholfen gewesen. Er nutzte ganz offensichtlich die Chance, einen „Mißstand“ zu beseitigen:

Das Gericht verkennt nicht, daß in zahlreichen ähnlich gelagerten Fällen in der Praxis anders verfahren wird. Die weite Auslegung, die § 218a StGB dabei in der Praxis vornehmlich durch Ärzte erfährt, ist weder von dessen Wortlaut noch von seiner systematischen Stellung als Ausnahmevorschrift noch unter Berücksichtigung der vorrangigen Verfassungsnormen rechtlich haltbar. Sie kommt vielmehr bekanntermaßen der vom Bundesverfassungsgericht eindeutig verworfenen Fristenlösung praktisch nahe. Sie ist grund- und strafrechtswidrig. Daß sich daraus bisher in größerem Umfang staatsanwaltliche Ermittlungs- und gerichtliche Strafverfahren nicht ergeben haben, der Mißstand vielmehr lediglich unter den Politikern und in den Medien diskutiert, beklagt oder verteidigt wird, hat verschiedenste Gründe, auf die hier nicht näher eingegangen werden muß. Das an Gesetz und Recht gebundene Gericht kann die geübte Praxis deshalb nicht zum Maßstab nehmen.<sup>53</sup>

### III.

Die Argumente gleichen sich. Auch das geplante Beratungsgesetz soll, so Rita Süßmuth, lediglich einen Mißbrauch verhindern.<sup>54</sup> „Alle Beratung muß auf der Grundlage der Gesetze und dem Urteil des BVerfG erfolgen. Dazu gehört wesentlich, daß auf ein Ja zum Leben hin beraten wird“.<sup>55</sup> Die geplanten Maßnahmen, so behauptet sie im Spiegel, würden nicht über den geltenden § 218 hinausgehen. Rita Süßmuth hat recht.

Für die Aufregung um das geplante Beratungsgesetz gilt ganz ähnliches wie für die Entscheidung des VormG Celle: Aufgeschreckt durch eine Rechtsänderung stellt man fest, daß sich soviel gar nicht ändert. Tatsächlich kann das geplante Beratungsgesetz nicht viel weitergehen als in § 218b Abs. 1 Ziff. 1 seit langem angelegt. Dort heißt es, daß die Schwangere „über die zur Verfügung stehenden

52 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

53 AG-VormG Celle, a.a.O., S. 741

54 zitiert nach Spiegel Nr. 11/1987, S. 28

55 „Heute in der Presse“, wie Fn. 9

öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Mütter und Kinder (zu beraten ist), insbesondere über solche Hilfen, die die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter und Kind erleichtern." Auch hier hatten die Kommentierungen längst den Weg in die Zukunft geebnet. Dreher/Tröndle schreiben, daß eine „verfassungskonforme“ Auslegung erfordere, „die Frau (...) zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu motivieren (...) Die Beratung muß sich auf die gesamte Konfliktlage der Schwangeren (...) erstrecken, auch darauf, wie einem Drängen des Schwängerers auf Abbruch zu begegnen ist.“<sup>56</sup> Nach Ansicht der Kommentatoren muß bei der Beratung auch auf die Möglichkeit der Heimunterbringung und Adoption hingewiesen werden.<sup>57</sup>

## Richtlinien des Landes Baden-Württemberg für die Beratung nach § 218 b I Nr. 1 StGB

### *Ziel der Beratung*

Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie ist an die Wertordnung des Grundgesetzes gebunden, wonach dem sich im Mutterleib entwickelnden Kind das Recht auf Leben uneingeschränkt zukommt und welche den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich mißbilligt. Der Beratung obliegt daher die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das ungeborene Leben zu stellen und es der werdenden Mutter dadurch zu ermöglichen, ihre Not- und Konfliktlage zu bewältigen und die Schwangerschaft fortzusetzen.

### *Form und Inhalt der Beratung*

Die werdende Mutter ist in einem unmittelbaren persönlichen Gespräch (Beratungsgespräch) zu beraten. Mit ihrer Einwilligung sollen am Beratungsgespräch auch Per-

In Umsetzung dieser Grundsätze haben die einzelnen Bundesländer Richtlinien für die Beratung nach § 218b Abs. 1 Nr. 1 StGB herausgegeben. Beispielhaft die Richtlinie von BA-Wü, die allgemein als Vorbild eines zukünftigen bundeseinheitlichen Beratungsgesetzes gehandelt wird.

<sup>56</sup> Dreher/Tröndle, § 218 b, Rdnr. 10

<sup>57</sup> Dreher/Tröndle, a.a.O., i.V.m. § 218 a, Rdnr. 27

sonen teilnehmen, die zur Bewältigung der Not- und Konfliktlage beitragen können. Dies gilt insbesondere für den Vater des ungeborenen Kindes und – bei minderjährigen werdenden Müttern – auch für deren Eltern.

Die Beratung darf sich nicht in einer schriftlichen oder mündlichen Aufzählung von allgemein möglichen Hilfen oder in einer Unterrichtung oder Übergabe schriftlichen Materials (z.B. Broschüren und Merkblätter) erschöpfen. Im Beratungsgespräch sind vielmehr mit der werdenden Mutter die für sie bestehenden, möglicherweise nicht nur auf der

Schwangerschaft beruhenden Probleme und ihre gesamten persönlichen, familiären, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse umfassend zu erörtern. Dabei sind die ihr angemessenen, zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Familien, Mütter und Kinder aufzuzeigen, insbesondere solche Hilfen, die die Fortsetzung der Schwangerschaft ermöglichen und die Lage von Mutter und Kind erleichtern. Diese Hilfen sind gegebenenfalls zu vermitteln. Dazu ist eine enge Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden, insbesondere mit den örtlich zuständigen Jugend- und Sozialämtern, und den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege erforderlich.

In der Beratung sind insbesondere Leistungen aus dem Landesprogramm „Hilfen für werdende Mütter“ vom 15. Juli 1985, der Landesstiftung „Familie in Not“ und der Bundesstiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ zu vermitteln. Nr. 3.2 Satz 5 findet Anwendung.

Im Beratungsgespräch sind den Beteiligten die Verantwortung gegenüber dem ihnen anvertrauten Leben und die Pflicht zur Achtung des Lebensrechts des sich entwickelnden Kindes bewußt zu machen. Insbesondere sind sie über Bedeutung, Risiken und Folgen eines Schwangerschaftsabbruchs aufzuklären und darauf hinzuweisen, daß durch diesen unwiderruflich menschliches Leben zerstört würde.

Erforderlichenfalls sind Beratung und Betreuung nach dem Beratungsgespräch für die gesamte Dauer der Schwangerschaft und die Zeit danach fortzusetzen.

#### *Trennung von Beratung und Indikationsfeststellung gemäß § 219 Abs. 1 StGB*

Ärzte dürfen als Mitglieder einer gemäß § 218b Abs. 1 Nr. 1 StGB anerkannten Beratungsstelle (Nr. 9.1.1) keine Feststellung gemäß § 219 Abs. 1 StGB treffen, wenn sie die werdende Mutter sozial beraten haben.

Anerkannte Beratungsstellen sind als solche nicht befugt, Feststellungen gemäß § 219 Abs. 1 StGB zu treffen.

#### *Bestätigung der Beratung*

Berater im Sinne des § 218b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 2a und b StGB sind auf Verlangen der werdenden Mutter verpflichtet, dieser schriftlich zu bestätigen, daß und wann sie über die zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Familien, Mütter und Kinder beraten worden ist, insbesondere über solche Hilfen, die die Fortsetzung der Schwangerschaft ermöglichen und die Lage von Mutter und Kind erleichtern.

Die Bestätigung muß die Zielsetzung der Beratung (Nr. 2) angeben, darf jedoch den Inhalt des Beratungsgesprächs im einzelnen nicht wiedergeben.

#### *Tätigkeitsberichte*

Anerkannte Berater (Nr. 9) legen dem Ministerium für Arbeit, Gesundheit, Familie und Sozialordnung in regelmäßigen Zeitabständen Tätigkeitsberichte vor.

#### *Anerkennung von Beratern gemäß § 218b Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 und 2b StGB* Beratungsstellen

Eine Beratungsstelle wird auf Antrag vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit, Familie und Sozialordnung gemäß § 218b Abs. 2 Nr. 1 StGB anerkannt, wenn ihr Träger

- eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts ist oder einem der Liga der freien Wohlfahrtspflege in Baden-Württemberg angeschlossenen Spitzenverband der freien Wohlfahrtspflege oder dessen Mitgliedsorganisationen angehört und
- Gewähr für eine den Nrn. 2 bis 7 entsprechende Tätigkeit der Beratungsstelle bietet.

Ärzte als Berater nach § 218b Abs. 2 Nr. 2b StGB müssen über eine mindestens zweijährige ärztliche Berufstätigkeit sowie über ausreichende Kenntnisse und Erfahrungen auf sozialem Gebiet verfügen und insbesondere über die möglichen Hilfen für Schwangere, Familien, Mütter und Kinder unterrichtet sein.

Ein gemäß Nr. 9.2.1 anerkannter Arzt hat sich zu verpflichten, seine Kenntnisse in den öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Familien, Mütter und Kinder den Entwicklungen auf diesem Gebiet anzupassen und zu diesem Zweck an Informations- und Fortbildungsveranstaltungen für anerkannte Ärzte teilzunehmen.

#### *Widerruf und Erlöschen der Anerkennung*

Die Anerkennung ist zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen (Nrn. 9.1 oder 9.2) im Zeitpunkt der Entscheidung nicht vorgelegen haben, nachträglich wegfallen oder eine sachgemäße Beratung (Nr. 2) nicht mehr gewährleistet ist.

#### *Finanzielle Förderung*

Die Anerkennung einer Beratungsstelle oder eines Beraters begründet keinen Rechtsanspruch auf finanzielle Zuwendungen des Landes.

Einige Klarstellungen zu diesen Richtlinien sind einem Schreiben der Vertretung Ba-Wü beim Bund zu entnehmen, wie z.B. die, daß Ärzte in Beratungsstellen nicht ausschließlich für die Indikationsfeststellung eingesetzt werden dürfen (zu Nr. 5), oder die „Anregung“, daß im Rahmen der jährlichen Tätigkeitsberichte und „im Rahmen der Möglichkeiten und der datenschutzrechtlichen Bestimmungen insbesondere Auskünfte erteilt werden sollten über

- die Anzahl der nach einer Beratung fortgesetzten Schwangerschaft sowie
- die Art und Höhe der im Rahmen einer Schwangerschaftskonfliktberatung in Anspruch genommenen Hilfen.“

So gesehen bringt das geplante Beratungsgesetz nicht allzuviel Neues. Bislang liegt zwar kein Gesetzentwurf vor, es existiert jedoch eine

#### **Koalitionsvereinbarung über „Gesetzliche Maßnahmen zur Verbesserung der Beratung im Rahmen des § 218 StGB“.**

Sie legt fest, daß durch ein Beratungsgesetz sicherzustellen ist, daß in allen Bundesländern

1. Beratungsstellen dann eine staatliche Anerkennung und Förderung erhalten, wenn sie, entsprechend der Grundsatzenscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 25. Februar 1975, zugunsten des Lebens beraten, über Hilfen informieren, diese vermitteln und, soweit ihnen finanzielle Mittel und personelle Ressourcen dafür zur Verfügung stehen, gewähren. Dazu gehört

- die Schwangeren konkret bei der Erlangung der gesetzlichen Hilfen (z.B. der Sozialhilfe) zu unterstützen,
- die Hilfen der Bundesstiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ und der Landesstiftungen zu vergeben,
- sich auch, wenn die Schwangere damit einverstanden ist, des sozialen Umfeldes der Schwangeren (insbesondere des Ehemannes/Freundes, der Eltern, des Arbeitgebers) anzunehmen und darauf hinzuwirken, daß die Schwangere die erforderlichen, persönlichen Hilfestellungen von dort erfährt,
- Mütter, insbesondere wenn sie alleinerziehend sind, auch noch nach Austragung einer Konfliktschwangerschaft weiter zu begleiten und – soweit dies notwendig ist – etwa bis zum 3. Lebensjahr des Kindes zu betreuen und
- Fragen der verantwortungsbewußten Elternschaft und Familienplanung mit den Beteiligten zu behandeln und auf eine Lösung hinzuwirken.



Die Voraussetzungen für eine Anerkennung und die Förderung sind von den Behörden zu prüfen, die das jeweilige Bundesland dafür bestimmt.

2. die Berater auf der Grundlage von Ausbildung und Berufserfahrung über eine besondere Sachkunde verfügen. Das Vorliegen der erforderlichen Nachweise wird von der für die Anerkennung der Beratungsstellen zuständigen Behörde geprüft. Im Bedarfsfall soll in der Beratungsstelle ein Psychologe, Arzt und Jurist hinzugezogen werden können. Eine regelmäßige Fortbildung der Mitarbeiter der Beratungsstellen ist sicherzustellen.

2a. den Beratungsstellen ein Rechtsanspruch auf ausreichende öffentliche Förderung eingeräumt wird;

3. die Beratung vor der Indikationsstellung erfolgt;

4. Beratung und Indikationsstellung personell getrennt erfolgen, insbesondere die Indikationen nicht von Ärzten festgestellt werden, welche die gesetzlich vorgesehene soziale Beratung vorgenommen haben;

*Hinweis:* Auf jeden Fall müßte ausgeschlossen werden, daß die Anerkennung und Förderung davon abhängig gemacht wird, daß ein Arzt in der Beratungsstelle auch die Indikationsfeststellung treffen kann.

5. die beratenden oder Indikationen stellenden Ärzte an Fortbildungsmaßnahmen zum Schutz der ungeborenen Kinder teilnehmen.

6. Die Beratung soll so früh wie möglich erfolgen.

7. Die ärztlichen Honorarforderungen dürfen von den Krankenkassen nur dann erfüllt werden, wenn der abrechnende Arzt seiner gesetzlichen Meldepflicht an das Statistische Bundesamt genügt hat.

Für die Nichterfüllung der ärztlichen Meldepflicht werden stärkere Sanktionen vorgesehen.

Der Sinn eines bundeseinheitlichen Beratungsgesetzes scheint nicht zuletzt die (wahltaktische) Einbindung der Abtreibungsgegner/innen in die konservative Mitte zu sein. Wäre es nicht nur um ein Signal nach der Bundestagswahl gegangen, hätten auch die anderen CDU-regierten Länder den Koalitionsvereinbarungen entsprechende Richtlinien erlassen können. Daß die Funktion in der politischen Signalwirkung liegt, zeigt sich auch daran, daß Teile der Koalitionsvereinbarung rechtlich äußerst fragwürdig sind. Will die Schwangere das Kind nicht, dann würden Datenschutz und Schweigepflicht die Einbeziehung des sog. sozialen Umfeldes gegen, aber auch ohne den Willen der Schwangeren verbieten. Und selbst wenn sie die Einbeziehung wünscht, bleibt ihr das Recht auf eine höchstpersönliche Beratung. Weiter kann auch ein zukünftiges Beratungsgesetz zunächst nicht gehen, will es nicht die Schweigepflicht abschaffen oder den Datenschutz unterlaufen. Die Einbeziehung des sozialen Umfeldes muß für die Berater/innen zum ständigen Konflikt mit einer – ernstgenommenen – Schweigepflicht führen. Die Nachbetreuung (für Alleinstehende) ist faktisch nur durchzusetzen, wenn die Frau dies wünscht und freiwillig mit der Beratungsstelle in Kontakt bleibt. Auch hier verhindern Schweigepflicht und Datenschutz, daß die Beratungsstellen von sich aus tätig werden könnten. Nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich fragwürdig ist die Fortbildung indizierender Ärzte angesichts garantierter Berufsfreiheiten.

In ihrer Tendenz bleibt die Koalitionsvereinbarung gleichwohl ernstzunehmen. Sie zielt auf eine Verknappung des sowieso schon „knappen Gutes“: Abtreibung.

Die Kontrolle über die Beratungsstellen wird deutlich verstärkt; die Einbeziehung von Juristen, Psychologen und Ärzten in die Beratungsarbeit, wenngleich nur „im Bedarfsfall“ ist hier ein Beispiel, Fortbildungsmaßnahmen und der Nachweis der besonderen Sachkunde könnten ein anderes sein.

Die Befolgung des Staatsziels ‚Lebensschutz‘ wird besonders effektiv durch die Kopplung von Lebensschutz und staatlicher Anerkennung bzw. finanzieller Förderung. (Der in Aussicht gestellte Rechtsanspruch auf ausreichende staatliche Finanzierung kann dabei sowohl ein Bonbon sein als auch die Vorbereitung eines Finanzierungsmonopols, das letztlich die Befolgung der aufgestellten Grundsätze der Beratung sicherstellen soll.)

Die Aufgaben der Sozialberatung werden zwangsweise ausgedehnt und weiter auf sozialarbeiterische Bereiche verlagert: Konkrete Hilfe bei der Erlangung von Geldleistungen, Beantragung und Auszahlung von Mitteln der Stiftung ‚Mutter und Kind‘, Nachbetreuung und Einbeziehung des sozialen Umfeldes. Sozusagen die arbeitsmäßige Überlastung als Mittel der Politik.

Darüber hinaus stecken dahinter natürlich auch ganz grundsätzliche Funktionsveränderungen: statt Schwangerschaftskonfliktberatung Gebärdensprachberatung, statt Unterstützung Infragestellung. Die Abtreibungsberatung könnte bald ebenso zur Feindin der abtreibungswilligen Frau werden, wie es die Krankenhäuser und viele Ärzte heute schon sind. Auch die Beteiligung Dritter, die in der Vereinbarung angedeutet ist: Ehemann, Freund, Eltern, sogar Arbeitgeber, kann nicht gerade als vertrauensbildende Maßnahme angesehen werden. Im „Bedarfsfall“ soll sich überdies nicht nur die Frau vor ihren Nächsten verantworten, sondern auch die Beratungsstelle vor Psychologen, Ärzten und Juristen.

Damit schließt sich der Kreis von Bürokratisierung, Rechtfertigungszwang, Darlegungslast und Einflußnahme Dritter. Der Druck auf die Beratungsstellen wird sich nach unten fortsetzen, und sei es nur in Form von Verunsicherung über die Grenzen des Erlaubten. Aber das genau hat Geschichte im Kampf um den § 218.

Der Protest, der sich zur Zeit gegen das geplante Beratungsgesetz regt, vermittelt den Eindruck, als würde durch das Beratungsgesetz eine neue Qualität der Repressionsmöglichkeiten im Bereich des § 218 geschaffen. Es ist eine Art Protest der enttäuschten Hoffnungen. Aber waren die Frauen wirklich berechtigt, sich Hoffnungen zu machen? Ist ihr Vertrauen in die tägliche (liberale) Praxis angesichts rechtlicher Dogmatik und patriarchalischer Verhältnisse schutzwürdig? Die Antwort ist nein, wenn man sich die entsprechenden Passagen des BVerfG-Urteils vergegenwärtigt.

In dem Urteil vom Februar 1975 heißt es unter D.II.3. unter Hinweis auf den Alternativ-Entwurf (!):

Die vorgesehenen Beratungsstellen sollten die Möglichkeit haben, selbst finanzielle, soziale und familiäre Hilfe zu leisten. Sie sollten ferner der Schwangeren und ihren Angehörigen durch geeignete Mitarbeiter seelische Betreuung gewähren und intensiv auf die Fortsetzung der Schwangerschaft hinwirken.

Noch peinlicher wird es, wenn man sich die (kassierte) Fristenlösung genau durchliest. Dort hieß es in § 218 c:

Wer eine Schwangerschaft abbricht, ohne daß die Schwangere sich wegen der Frage des Abbruchs ihrer Schwangerschaft vorher an einen Arzt oder an eine hierzu ermächtigte Beratungsstelle gewandt hat und dort über die zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Hilfen für Schwangere, Mütter und Kinder unterrichtet worden ist, insbesondere über solche Hilfen, die die Fortsetzung der Schwangerschaft und die Lage von Mutter und Kind erleichtern, (...) wird bestraft.

In den Urteilsgründen heißt es dazu:

Dies könne dahin gedeutet werden, daß die Beratungsstellen nur informieren sollen, ohne auf den Motivationsprozeß gezielt Einfluß zu nehmen. (...) Auf eine solche Einflußnahme kommt es jedenfalls entscheidend an, wenn der Beratung ein Schutzeffekt zugunsten des werdenden Lebens zukommen soll.

Und das Gericht stellte schon damals fest, daß auch die von der SPD / FDP vorgelegte Fristenlösung „die Auslegung (zuläßt), daß Beratung und Unterrichtung die Schwangere zur Austragung ihrer Schwangerschaft veranlassen sollen.“

Auch alle anderen Vorschläge der Koalitionsvereinbarung finden wir in dieser oder jener Form auch schon im Urteil des BVerfG; z.B., daß die Ärzte für die Beratung „nach ihrer Berufsausbildung (nicht) qualifiziert sind.“ Der Koalitionsentwurf zieht daraus die Konsequenz, daß „die beratenden oder Indikation stellenden Ärzte an Fortbildungsmaßnahmen zum Schutz der ungeborenen Kinder teilnehmen“ müssen. Das BVerfG argumentierte schon vor 12 Jahren, daß es

besonders bedenklich ist, daß die Unterrichtung über soziale Hilfen von demselben Arzt vorgenommen werden kann, der den Schwangerschaftsabbruch ausführen soll. (...) Eine Aufklärung mit dem verfassungsmäßig gebotenen Ziel, auf die Fortsetzung der Schwangerschaft hinzuwirken, kann von dem Arzt, der von der Schwangeren gerade zu dem Zwecke aufgesucht wird, daß er den Schwangerschaftsabbruch vornehme, nicht erwartet werden.

Nicht die Verschärfung des § 218 ist zu beklagen, sondern unsere eigene Unbedarftheit gegenüber einer latenten Gefahr. Das Beratungsgesetz verschlechtert die Lage nicht grundsätzlich. Es ist einer der unerschöpflichen Nebenschauplätze.

Das Dilemma liegt in der Strafbarkeit der Abtreibung selbst. Es liegt im gesellschaftlichen Zwang zur Rechtfertigung einer höchstpersönlichen Entscheidung. Es liegt in der Zwangsberatung. Und es liegt in einer Gesellschaft, die die Vormundschaft über die Frau noch nicht abgeschafft hat.

Solange nicht ein für allemal klargelegt ist, daß die Selbstbestimmung der Frau so weit geht, daß sie über den Schwangerschaftsabbruch allein entscheidet, ist nichts gewonnen – auch wenn es gelingt, irgendetwas zu verhindern.

## Urteil

BVerwG, Art. 12 I GG, Art. 3 I 5. Str.RG n.F.  
**Keine Abtreibung in Arztpraxis**

*Im Lande Baden-Württemberg hat der Arzt keinen Anspruch darauf, daß seine Praxis als „Einrichtung“ i. S. des Art. 3 I 5. Str.RG n.F. für (indizierte) ambulante Schwangerschaftsabbrüche zugelassen wird.*

Urteil des BVerwG vom 15.1.1987 - 3 C 19/85 (Mannheim).

Anmerkung der Redaktion:

*Am gleichen Tage erging unter dem Az.: - 3 C 18/85 (Karlsruhe) - im Parallelverfahren ein Urteil sowie unter dem Az.: 3 C 41/85 (Lüneburg) - ein entsprechendes Urteil für das Land Niedersachsen.*

*Die im Ergebnis noch abweichende Begründung des VG Karlsruhe ist abgedruckt in STREIT 3/84, S. 100, der amtliche Leitsatz des VGH BWü mit Anmerkung von Katharina Ehlers und Monika Löb in STREIT 2/85, S. 62. Die Gründe des BVerwG finden sich in NJW 87, S. 2315.*

## Urteil

BAG, §§ 14 I MuSchG, 200 RVO  
**Zuschuß zum Mutterschaftsgeld und Nebenbeschäftigung**

*Stehen Frauen in einer Haupt- und Nebenbeschäftigung, haben sie auch dann Anspruch auf den anteiligen Zuschuß zum Mutterschaftsgeld gegenüber dem Arbeitgeber der Nebenbeschäftigung, wenn diese nicht versicherungspflichtig ist.*

Urteil des BAG vom 3.6.1987 - 5 AZR 592/86 -

Anmerkung der Redaktion:

*Die Entscheidung des BAG hat das Berufungsurteil des LAG Hamm, Az.: 9 Sa 922/86 -, abgedruckt in STREIT 1/87, S. 23 f., in Ergebnis und Begründung bestätigt.*

## Urteil

LAG Hamburg §§ 823 I i.V.m. 847 BGB;  
§§ 823 II i.V.m. 611 a I BGB  
**Ausschluß vom Bewerbungsgespräch**

*Wird eine Frau wegen ihres Geschlechts in einem Bewerbungsverfahren um die Einstellung für einen bestimmten Arbeitsplatz nicht berücksichtigt, stellt ein solches Verhalten die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 I BGB dar.*

*Dies hat eine Verpflichtung zur Leistung von Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB zur Folge, das in diesem Rahmen entsprechend der europarechtlich konformen Auslegung neben einer Ausgleichsfunktion auch eine Genugtuungsfunktion im Sinne eines Sanktionscharakters besitzt.*

LAG Hamburg, Urteil vom 11.2.1987 - 7 Sa 56 86 -

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin hatte sich für den Nachtdienst in der Tierannahme eines Tierheimes beworben. Der Geschäftsführer der Beklagten (Tierschutzverein) hatte sie ohne Wissen und Willen des Betriebsrats von der Liste der Bewerber gestrichen mit der expliziten Begründung, eine Frau könne das Gelände nicht wirksam gegen Eindringlinge schützen.

(Nähere Angaben zum Sachverhalt im erstinstanzlichen Urteil d. ArbG Hamburg v. 5.3.86 in: STREIT 4/86, S. 135.)

Aus den Gründen:

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 4.994,55 DM gem. §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 611 a Abs. 1 BGB, §§ 823 Abs. 1, 847 BGB i.V.m. § 31 BGB.

#### I.

Die Kammer ist übereinstimmend mit dem Arbeitsgericht der Überzeugung, daß die Klägerin im Rahmen des Bewerbungsverfahrens für die Spätdienststelle im April/Mai 1985 wegen ihres Geschlechts in der Art gem. § 611 a Abs. 1 BGB benachteiligt worden ist, als ihr im Vergleich zu den männlichen Bewerbern keine faire Chance zur Berücksichtigung gegeben wurde.

Daß bereits eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren als Maßnahme i.S.d. § 611 a Abs. 1 BGB zu gelten hat, ergibt sich aus dem nach dem gesetzgeberischen Willen in dieser Richtung auszulegenden Begriff „bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses“ (vgl. BT-Ds. 8/3317, S. 8). Die Klägerin hat nachgewiesen bzw. glaubhaft gemacht, daß sie nach Eingang ihrer Bewerbung bei dem Beklagten wegen ihres Geschlechts keine Aufnahme in den Kreis der tatsächlichen Bewerber fand.

Die Klägerin hat Tatsachen glaubhaft gemacht i.S.d. § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB, die eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Geschlechts vermuten lassen. Die Beweislastregel, die nach dem gesetzgeberischen Willen der Entscheidungspraxis des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesgerichtshofes nachgebildet ist (vgl. (BT-Ds. 8/3317, S. 9), soll hierbei der Erleichterung des klagenden Arbeitnehmers dienen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Umstände der geschlechtsdiskriminierenden Entscheidung nicht nur darlegen, sondern auch beweisen zu müssen (vgl. etwa Eich, NJW 1980, 2329, 2332). Gegenstand der Glaubhaftmachung als eines gesenkten Beweismaßes ist die Frage, ob die nachgewiesene Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seines Geschlechts erfolgte (vgl. Schleicher, a.a.O., D VI 2 b); Knigge, BB 1980, 1272, 1273; Pfarr, BLStSozArbR 1980, 17, 22).

Als Tatsachen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, sind – in entsprechender Anwendung des § 294 ZPO, der auch eine eidesstattliche Versicherung der Partei ausreichen läßt (vgl. zur Anwendbarkeit der Norm im Rahmen des § 611 a Abs. 1 BGB Lorenz, DB 1980, 1746), – von der Klägerin glaubhaft gemacht, also als überwiegend wahrscheinlich dargestellt worden nach Beweisaufnahme in der ersten Instanz, Urkundenvorlage sowie eidesstattlicher Versicherung der Klägerin:

– die geschlechtsspezifische Ausschreibung im Hamburger Abendblatt, die nicht den gem. § 611 b BGB normierten Anforderungen entspricht;

– die Äußerung des Geschäftsführers des Beklagten, Herrn W., gegenüber dem damaligen Betriebsratsvorsitzenden, Herrn T., daß Frauen wegen der Gefährlichkeit der Bewachungstätigkeit für diese Stelle nicht in Betracht kämen;

– das Telefonat des Herrn W. mit der Klägerin, in dem er äußerte, die Klägerin käme für die Position nicht in Betracht, da die Einstellung einer Frau nicht vorgesehen sei.

Daß geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen schon zur Glaubhaftmachung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts ausreichen, wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 611 b BGB hervorgehoben (vgl. Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Ds. 8/4259, S. 9; vgl. Pfarr/Bertelsmann, Zum Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Wiesbaden 1985, Rdnr. 184; Schleicher, a.a.O., D VI 2 b); Knigge, BB 1980, 1273).

Da die Vermutung, die unterschiedliche Behandlung seitens des Beklagten gegenüber der Klägerin beruhe auf dem Geschlecht der Klägerin, aufrechtzuhalten bleibt, hat der Beklagte die Darlegungs- und ggfs. Beweislast zu tragen hinsichtlich des Vorliegens sachlicher Gründe für die Differenzierung bzw. der Unverzichtbarkeit des männlichen Geschlechts gem. § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB.

Nach dem gesetzgeberischen Willen soll hierbei ein Maßstab, ausgerichtet auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und dem Anspruch auf Nichtdiskriminierung wegen des Geschlechts gem. Art. 3 Abs. 2, 3 GG, in der Art angelegt werden, als nicht jede unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts unzulässig ist, etwa nicht diejenige, wo der Arbeitgeber bei der Einstellung von Personen eines bestimmten Geschlechts die für diese Gruppe geltenden Arbeitsschutzvorschriften zu beachten hat, die einer Beschäftigung entgegenstehen können (vgl. BT-Ds. 8/3317, S. 8, 9).

Hierzu zählt etwa auch das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot für Frauen nach der Arbeitszeitordnung (vgl. Söllner, in: Münch.Komm., § 611 a Rdnr. 15; Eich, NJW 1980, 2329, 2331).

Dies setzt wiederum voraus, daß es sich bei dem Betrieb des Beklagten nicht um einen mehrschichtigen Betrieb gem. § 19 Abs. 2 AZO handelt, für den die gesetzliche Zulassung von Frauen-Nacharbeit bis 23.00 Uhr bestünde.

Der Beklagte, der nach § 611 a Abs. 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von sachlichen Gründen für eine unterschiedliche geschlechtsbezogene Behandlung trägt, hat trotz gerichtlicher Auflage nicht dargelegt, daß er keinen mehrschichtigen Betrieb i.S. des § 19 Abs. 2 AZO hat.

Da die Arbeitsposition der Tierannahme und Bewachung in mindestens zwei Schichten stattfindet, handelt es sich hierbei um Schichtarbeit, auch wenn dies der allgemeinen Vorstellung von Schicht-

arbeit etwa in Fabriken, wo der Arbeitsplatz generell örtlich festgelegt ist, zunächst nicht entgegenkommen mag. Die gesetzliche Wertung umfaßt in jedem Fall auch diesen Arbeitsplatz als Schichtarbeiterplatz. Demnach steht der Beschäftigung von Frauen auf dieser Position bis 23.00 Uhr gem. § 19 Abs. 2 AZO nichts im Wege, wie dies auch der Bescheid des Amtes für Arbeitsschutz vom 24. Mai 1977 ausdrückt.

Daß das männliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit auf einem Arbeitsplatz ist, ergibt sich nur in seltenen Ausnahmefällen, nach der Begründung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren etwa bei einer männlichen Schauspielrolle (vgl. BT-Ds. 8/3317, S. 9), schlechthin allerdings fast gar nicht. Soweit aus der Sicht des zeitgemäßen sozialbewußten Arbeitgebers zu urteilen ist (vgl. Palandt-Putzo, a.a.O.), ergibt sich für die hier in Frage stehende Position, daß unabhängig von der Frage, ob bereits zuvor weibliche Arbeitnehmer die Stelle ausfüllten, die vom Beklagten dargelegte mögliche Gefährlichkeit nicht von vornherein die Eignetheit von Frauen ausschließt.

In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht ist auch die erkennende Kammer der Auffassung, daß sich die Eignung für den Spätdienst Tierannahme und Bewachung weniger aus der Tatsache des Geschlechts, vielmehr aus der Statur, Körperkraft und anderen körperlichen Voraussetzungen, aber auch psychischen Fähigkeiten ergibt, wobei Frauen auch im körperlichen Bereich dem männlichen Geschlecht durchaus vergleichbare Leistungen aufweisen können. Dabei hat die sich im Laufe der Zeit wandelnde gesellschaftliche Ansicht über den körperlichen oder sittlichen Schutz von Frauen Berücksichtigung bei der Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals zu finden. Diese Wertung macht besonders deutlich, daß es gerade in diesem Fall auf den persönlichen Eindruck angekommen wäre, der sich nur aus einem Vorstellungsgespräch ergibt, und der nach dem Beklagtenvortrag auch ausschlaggebend für die zunächst erfolgte Einstellung des Herrn C. war.

Da insoweit der Beklagte seiner Darlegungslast nicht genügt hat, die Beweisaufnahme die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht entkräftet hat, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 611 a Abs. 1 BGB gegeben, eine Diskriminierung der Klägerin wegen ihres Geschlechts liegt vor.

## II.

Die Klägerin hat Anspruch auf angemessenen Ersatz des immateriellen Schadens in Höhe von sechs Monatsgehältern, demnach in Höhe von 4.994,40 DM sowie auf Ersatz der aufgewendeten Bewerbungskosten in Höhe von 0,15 DM.

Als ausreichende Anspruchsgrundlagen für den gesamt geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz kommen die §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 611 a Abs. 1 BGB, §§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 847, 31 BGB zur Anwendung.

§ 611 a Abs. 1 BGB gilt als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (vgl. etwa Zuleeg, RdA 1984; Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1300). Das für die Anwendbarkeit des § 823 BGB notwendige Verschulden ergibt sich aus der zumindest fahrlässigen Nichtberücksichtigung der Klägerin wegen ihres Geschlechts im Rahmen des Bewerbungsverfahrens gem. § 276 BGB.

Soweit der Beklagte vorträgt, sein Geschäftsführer sei, ohne weiteres Nachforschen, stets davon ausgegangen, die Position der Spätdienststelle sei mit einer Frau nicht zu besetzen, insbesondere sei die Position für Frauen zu gefährlich, bedeutet dieses Verhalten unter Berücksichtigung der heute geltenden Maßstäbe hinsichtlich der unverzichtbaren Voraussetzung des männlichen Geschlechts für eine Arbeitnehmerposition zumindest den Grad der Fahrlässigkeit.

Wird eine Bewerberin wegen ihres Geschlechts von vornherein nicht am Maßstab der Eignung gemessen, so liegt darin eine Herabwürdigung der Fähigkeiten dieser Person. Da jedermann das Recht hat, im Arbeitsleben als gleichwertig bei Anlegung sachlicher Maßstäbe beurteilt zu werden, was sich nicht nur aus Art. 1, 2 Abs. 1 und 3 Abs. 2, 3 GG ergibt, sondern auch aus der Grundrechtsqualität der Gleichheit der Geschlechter im Arbeitsleben im Europarecht, beinhaltet eine solche Behandlung die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit einen schuldhaft rechtswidrigen Verstoß gegen ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB (vgl. Zuleeg, RdA 1984, 331; Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1287; Pfarr/Bertelsmann, a.a.O., Rdnr. 152; ArbG Oberhausen, NZA 1985, 252; ArbG Hamburg, DB 1985, 1402 = STREIT 2/85, S. 57).

Neben dem gem. §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 611 a Abs. 1 BGB, §§ 823 Abs. 1, 249 BGB zu ersetzenden Vertrauensschaden in Höhe der Bewerbungskosten besteht auch ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des immateriellen Schadens in Form von Schmerzensgeld gem. § 847 BGB.

Gemäß § 253 BGB besteht zwar eine derartige Entschädigungsmöglichkeit nur, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorsieht. Die Rechtsprechung hat jedoch anerkannt, daß unter den Voraussetzungen, daß es sich um eine objektiv schwerwiegende Verletzung eines absoluten Rechts bzw. ein schweres Verschulden des Verletzers handelt und Genugtuung auf andere Weise nicht zu erreichen ist, auch ein Schmerzensgeld gewährt werden kann (vgl. BVerfGE 34, 269, BGHZ 26, 349; 35, 363; Palandt-Thomas, a.a.O., § 823 Anm. 15 F). Die zitierte Rechtsprechung hat dies insbesondere bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgesprochen.

Die Diskriminierung der Klägerin bedeutet eine Verletzung der individuellen Entfaltungsmöglichkeit und Chance zur gesellschaftsrechtlichen Teilhabe im Sinne einer erheblichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hierzu gehört auch die Ausfüllung einer Berufsrolle, die ein allgemein anerkannt-

tes Element des gesellschaftlichen Miterlebens darstellt und deren Verlust bzw. Nichteinräumung der Chance zur gesellschaftlichen Teilhabe einen besonders schützenswerten immateriellen Schaden darstellt, unabhängig davon, ob die Klägerin eingestellt worden wäre oder nicht.

Die schwer getroffene Persönlichkeitssphäre der Klägerin bliebe ohne wirksamen Schutz, der möglichen weiteren Diskriminierung seitens des Beklagten, die sich aus der im Verfahren nicht vom Beklagten glaubhaft gemachten Weiterleitung der Bewerbung der Frau W. ablesen läßt, würde nicht Einhalt geboten, spräche das Gesetz nicht einen über den Ersatz des Vertrauensschadens hinausgehenden Schmerzensgeldanspruch zu.

Hierbei ist zu beachten, daß § 847 BGB, ohne daß es einer entsprechenden europarechtsgemäßen Auslegung bedürfte, neben der Ausgleichsfunktion auch eine Genugtuungsfunktion besitzt (vgl. etwa Palandt-Thomas, § 847 Anm. 1 b), also eine Bußfunktion. Die Zuerkennung des Schmerzensgeldes entfaltet dabei auch präventive Wirkung (BVerfGE 54, 136). Der Europäische Gerichtshof hat in den bereits zitierten Entscheidungen betont, daß das nationale Recht dabei insbesondere den Sanktionscharakter bei seiner Auslegung hervorheben solle.

Die Höhe des Anspruchs richtet sich dabei weder nach § 1 KSchG noch §§ 9, 10 KSchG. Die Regelung des § 1 KSchG bezieht sich hinsichtlich der Sechsmonatsfrist auf bereits eingegangene Arbeitsverhältnisse, ebenso die §§ 9, 10 KSchG im Rahmen von maximal 12 Monatsverdiensten. Insbesondere die in §§ 9, 10 KSchG geregelte Abfindung richtet sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit, was für die Einstellung ohne Belang bleibt (vgl. Birk, NZA 1984, 149).

Eine Anwendung dieser Normen ergäbe sich allenfalls, ginge man, so bei bestqualifizierten Personen, von einem Einstellungsanspruch und damit korrespondierenden Schadensersatz in Geld in Höhe des Erfüllungsinteresses aus, soweit die konkrete Beschäftigung nicht zumutbar oder dienlich ist (vgl. Pfarr/Bertelsmann, a.a.O., Rdnr. 149; ArbG Oberhausen, a.a.O., NZA 1985, 254). In diesem Zusammenhang muß auch die Gesetzesinitiative Hessens vom 11.05.1984, BR-Dr. 225/84, außer Betracht bleiben, die die dort vorgeschlagene Abfindung zwischen einem und zwölf Monatsverdiensten nach den §§ 9, 10 KSchG ausgerichtet hat.

Vielmehr hat unter Berücksichtigung des dem § 847 BGB zugrundeliegenden Maßstabs eine billige Entschädigung in Geld zu erfolgen und eben diese Formel ist ausschlaggebend (so richtig Zuleeg, RdA 1984, 331). Dabei sind unter Abwägung der gesamten Umstände des Einzelfalls die Schwere des Verstoßes, das gegebenenfalls wiederholte Fehlverhalten des Arbeitgebers, die konkrete Situation der diskriminierten Person sowie die besondere Sanktionsfunktion in die Wertung einzubeziehen (vgl. auch Pfarr/Bertelsmann, a.a.O., Rdnr. 149; ArbG Oberhausen, NZA 1985, 254).

Hierbei ist die Höhe des zu erwartenden Monatsverdienstes ein ausreichendes Kriterium, auch wenn die Klägerin die Arbeitsstelle nicht bekommen hätte (vgl. so auch ArbG Oberhausen, a.a.O., NZA 1985, 254). Unter Berücksichtigung der Abschreckungsfunktion durch präventive Wirkung mit mindestens einem Monatslohn als Untergrenze (s. Birk, NZA 1984, 148), der nicht ausschließbaren Wiederholung des Fehlverhaltens durch den Beklagten im Hinblick auf die Bewerbung der Frau W. sowie der Festsetzungsverpflichtung eines Schmerzensgeldes als spürbarer Sanktion spricht die Kammer einen Ersatz des immateriellen Schadens in Höhe von etwa sechs Monatsgehältern aus, dazu kommen die von der Klägerin aufgewandten Bewerbungskosten in Höhe von 0,15 DM.

Mitgeteilt von RA Dr. Klaus Bertelsmann, Hamburg

### Urteil

ArbG HH, § 23 a BAT, § 2 BeSchFG, Art. 119 EWG-Vertrag, Art. 3 II GG, § 611 a BGB  
**Teilzeitbeschäftigung und Bewährungsaufstieg**

*Die Regelung des § 23 a BAT, die für Teilzeitbeschäftigte eine doppelt so lange Bewährungszeit für eine Höhergruppierung vorsieht, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 I BeschFG.*

*Sie stellt auch eine unzulässige mittelbare Diskriminierung (siehe Ur. EuGH v. 13.5.1986, STREIT 4/86, 126 ff.) von Frauen dar, da mehr als 90 % der Teilzeitbeschäftigten weiblichen Geschlechts sind.*

Urteil des ArbG Hamburg vom 7.5.1987 – 10 Ca 465/86 –

#### Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist 52 Jahre alt, verheiratet und hat zwei Kinder. Sie ist seit Oktober 1972 bei der Beklagten als Protokollführerin beschäftigt. Die Klägerin arbeitete stets mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit einer entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten, abwechselnd an drei bzw. zwei Tagen pro Woche volltätig.

Die Klägerin ist seit dem 1. Oktober 1976 in die Vergütungsgruppe VII Fallgruppe 42 c BAT eingruppiert. Bei Vollzeitbeschäftigten beträgt die Bewährungszeit für die hier in Betracht kommende Höhergruppierung nach Vergütungsgruppe VI b Fallgruppe 2 BAT neun Jahre. Nach § 23 a Nr. 6 BAT ist für Halbtagsbeschäftigte die Höhergruppierung nur in der doppelten Bewährungszeit, also im Falle der Klägerin nach 18 Jahren zu erreichen. Bei neunjähriger Bewährungszeit wäre diese mit Ablauf Oktober 1985 erfüllt gewesen.

Die Klägerin (macht) einen rückwirkenden Höhergruppierungsanspruch geltend. Das Personalamt lehnte den Antrag ab.

#### Aus den Gründen:

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Vergütung gemäß Vergütungsgruppe VI b seit dem 1. November 1985. Es ist unerheblich, daß die Klägerin nur die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit tätig war; die in Nr. 6 des § 23 a BAT vorgesehene Anrechnung für einen solchen Fall von nur zur Hälfte fin-

det nicht statt. Diese Bestimmung ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 134 BGB). Diese Teilnichtigkeit berührt allerdings die Wirksamkeit der anderen Tarifbestimmungen nicht, weil die Teilunwirksamkeit bei Tarifverträgen sich nur auf den nichtigen Teil beschränkt, nicht aber den gesamten Vertrag erfaßt.

a) § 23 a Nr. 6 BAT verstößt gegen § 2 Beschäftigungsförderungsgesetz, der eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten wegen der Teilzeitarbeit gegenüber Vollzeitbeschäftigten verbietet, wenn hierfür keine sachliche Rechtfertigung vorliegt.

Die Verdoppelung der Bewährungszeit bei der Klägerin beruht auf dem Umfang der Teilzeitarbeit. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür fehlt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß eine neun Jahre mit Halbtagsstätigkeit beschäftigte Protokollführerin bei Gerichten eine in bezug auf die vollständige Erfüllung ihrer Aufgaben geringere Erfahrung angesammelt hat als eine vollzeitbeschäftigte Protokollführerin. Beide müssen gleichermaßen voll den Anforderungen gewachsen sein, die bei der Verhandlung sowie bei der Vor- und Nachbereitungszeit an sie gestellt wird. Abweichungen von den gesetzlich bestimmten Aufgaben (GVG und Verfahrensordnungen) können unterschiedslos Verfahrensfehler darstellen.

Die Regelung in § 23 a Nr. 6 BAT ist auch nicht als tarifliche Regelung eine durch § 6 Beschäftigungsförderungsgesetz gestattete ungünstige Abweichung, denn von dem in § 2 Abs. 1 BeschfördG aufgestellten Grundsatz kann auch durch Tarifverträge nicht abgewichen werden, weil das dessen Auslöschung bewirken und dem Zweck des BeschfördG entgegenstehen würde.

b) Wegen des unter a) festgestellten Fehlens eines sachlichen Differenzierungsgrundes verstößt die Anrechnungsklausel in § 23 a Nr. 6 BAT auch gegen den in Art. 3 I GG festgelegten Gleichheitsgrundsatz, der wegen der Drittwirkung der Grundrechte auch die Tarifparteien bindet.

Der in der zeitlich geringeren Arbeitsleistung liegende Unterschied wird durch die zeitanteilig geringere Vergütung gerechtfertigt berücksichtigt.

c) § 23 a Nr. 6 BAT verstößt auch gegen das in Artikel 119 EWG-Vertrag aufgestellte Gebot der gleichen Entgeltsleistung für Männer und Frauen und gegen das in der Richtlinie 75/117 EWG bestimmte Diskriminierungsverbot.

Diese Bestimmungen richten sich nicht nur gegen unmittelbare, in Differenzierungen nach Geschlechtern liegende Diskriminierungen, sondern auch gegen mittelbare (vgl. EuGH, Urteil vom 13.5.1986, in: BB 86, 1509 = STREIT 4/86, S 127).

Diese Diskriminierung liegt in der unterschiedlich hohen Vergütung für Männer und Frauen, denn durch sie werden im Bundesdurchschnitt – und ähn-

lich im Öffentlichen Dienst – mehr als 90 %, also wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt, was im wesentlichen mit der Rolle der Frau in der Familie und insbesondere bei der Kinderbetreuung zusammenhängt (vgl. BAG, Urteil vom 14.10.86, in: BB 1987, 829 = STREIT 2/87, S. 57 m.w.N.).

Aufgrund ihrer mittelbar diskriminierenden Wirkung ist die in § 23 a Nr. 6 BAT getroffene Bestimmung über unterschiedliche Bewährungsdauer jedenfalls im Bereich der gerichtlichen Protokollführung unwirksam, denn wegen der gleichen Anforderungen an alle Protokollführerinnen und Protokollführer (vgl. oben a)) besteht kein „wirkliches Bedürfnis“ für eine unterschiedliche, durch die Mittelbarkeit praktisch diskriminierend wirkende Entlohnung gleicher Arbeitsleistung (BAG a.a.O.).

d) Die unter c) angegebenen mittelbar diskriminierend wirkende Differenzierung in § 23 a Nr. 6 BAT verstößt auch gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz aus Artikel 3 Abs. 2 Grundgesetz. Es liegt eine ungleiche Behandlung gleicher Tatbestände vor. Auch im Rahmen dieses Grundrechtsgebots ist mittelbare Diskriminierung unzulässig. Die betreffende Feststellung des einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleistenden EuGH vom 13. Mai 1986 gilt insoweit auch unmittelbar (vgl. Bundesverfassungsgericht, Solange – II – Beschluß vom 22.10.86 in NJW 87, 577).

e) Die hier vorliegende geschlechtsspezifische mittelbare Diskriminierung verstößt schließlich auch gegen das Ungleichbehandlungsverbot des § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB und gegen das Verbot geschlechtsbegründeter unterschiedlicher Vergütung. Auch insofern wirkt sich die Feststellung des EuGH unmittelbar aus.

2. Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von 1.486,06 DM brutto als Nachzahlung der Differenz zwischen den Vergütungsgruppen VII und VI b BAT für die Zeit vom 1. November 1985 bis 31. Oktober 1986.

mitgeteilt von Dr. Ninon Colneric,  
Richterin am ArbG Oldenburg

## BONNBONN

*Wir haben uns entschlossen, die Arbeit des Deutschen Bundestages, seiner Fraktionen und Ausschüsse nicht länger zu ignorieren. Wir beginnen deshalb in diesem Heft mit einer (ständigen) Rubrik, die über das berichtet, was an der Arbeit des Bundestages und seiner Gremien speziell Frauen, insbesondere Juristinnen betrifft. Sollte diese Rubrik einmal dürftig, oder ganz ausfallen, so liegt dies ausnahmsweise nicht an uns.*

### Im Bundestag eingebrachte Gesetzentwürfe

– die *Vermietung pornographischer indizierter und jugendgefährdender Darstellungen* soll nach einer Vorlage des Bundesrates gesetzlich untersagt werden (BT-Dr 11/638). Der Antrag wurde an den Rechtsausschuß überwiesen.

– DIE GRÜNEN haben einen Gesetzentwurf eingebracht, durch den die *Kosten für empfängnisverhütende Mittel und deren Verordnung* zu Kassenleistungen erklärt werden sollen (BT-Dr 11/597). Der Vorstoß steht in Zusammenhang mit der Diskussion um die Reform des Krankenversicherungssystems mit der sich z. Zt. in einer Enquete-Kommission 9 Sachverständige, ausschließlich Männer, und 9 Mitglieder des Bundestages, darunter 2 Frauen, beschäftigen.

### Anträge und Beratungen in den Ausschüssen

– DIE GRÜNEN haben im Rechtsausschuß einen Antrag eingebracht, endlich das *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933* für nichtig zu erklären (BT-Dr 11/143). Dieser Antrag hat wenig Aussicht auf Erfolg, weil sonst Wiedergutmachungsleistungen an Tausende von den Nazis zwangssterilisierte Frauen (und Männer) zu zahlen wären. Die Entscheidung über den Antrag wurde vertagt.

– Nach dem Willen der SPD sollen 100 Mio. DM für *Wiedergutmachungen in Härtefällen* zur Verfügung gestellt werden, die an Menschen geleistet werden sollen, die aus formalen Gründen keinen Anspruch nach dem Bundesentschädigungsgesetz haben (BT-Dr 11/743). Dies betreffe u. a. Zwangssterilisierte, Opfer von Zwangsabtreibungen, Schwule und Lesben. Die Koalitionsparteien haben sich inzwischen auf einen Betrag von 300 Mio. geeinigt.

– mit dem *Auto als Ersatz für mangelnde (männliche) Potenz* und das zu schnelle Fahren bei „sexuellem Frust“ beschäftigte sich der Haushaltsausschuß am 7.10.87

### Kleine Anfragen und Aufforderungen an die Bundesregierung – und die Antworten:

– der SPD-Fraktion über *familienbezogene Leistungen der Krankenkassen*, insbesondere für die Kinderbetreuung (BT-Dr 11/67)) und die ausführliche Antwort der Bundesregierung über entsprechende Leistungen an männliche (1986: 37.701 Fälle mit 383.407 Tagen) und weibliche Mitglieder (1986: 155.407 Fälle mit 1.823.957 Tagen) (BT-Dr 11/760)

– über die Erforschung der *Ursachen für Unfruchtbarkeit, Beratungsangebote bei Infertilität und die Entwicklung der In-Vitro-Fertilisation* (BT-Dr. 11/747), die bislang ohne Antwort der Bundesreg. ist.

– was die Regierung gegen die Ausweitung der *Leihmutter-Vermittlung* zu unternehmen gedenkt (BT-Dr. 11/888) wissen wir nicht, nur, daß sie Leihmutter-Vermittlung verurteilt und der Meinung ist, daß Agenturen zur Vermittlung von Leihmüttern gegen die Gesetze verstoßen (BT-Dr. 11/1009).

– unerschöpflich: DIE GRÜNEN fordern die Bundesregierung auf, die Gesetzentwürfe auf *geschlechtsspezifische Formulierungen* hin zu überprüfen (BT-Dr. 11/860); die Koalitionsparteien auch (BT-Dr 11/1043); ebenso die SPD (BT-Dr. 11/118).

### Sonstiges

Mit *Nacharbeit* beschäftigt sich ein *Gutachten* von Prof. Rutenfranz für das Bundesarbeitsministerium. Das Gutachten kommt zu dem Schluß, daß Nacharbeit für alle, Männer wie Frauen, ein gesundheitlicher und sozialer Risikofaktor sei. Bei Frauen könnten sich allerdings, in der Regel nicht wesentliche, zyklische Erschwernisse ergeben. Im übrigen verweist das Gutachten noch auf einen „begründeten Verdacht“, daß die Schlafzyklen von Frauen kürzer sind als die von Männern, insbesondere wenn Kinder zu versorgen sind. Das macht die Nacharbeit dann noch schädlicher. Bleibt nur: liegenbleiben, weiterschlafen!

Die BRD ist aufgrund europarechtlicher Vorgaben verpflichtet, regelmäßig solche *Berufe* zu ermitteln und anhand der sozialen Entwicklung zu überprüfen, für die das *Geschlecht* (noch) eine *unverzichtbare Voraussetzung* darstellt. Die Liste der Ausnahmen steht in Heft 11/87 des Bundesarbeitsblattes.

Das *Europäische Parlament* fordert die Mitgliedsstaaten auf, Frauen und Mädchen, die wegen Verfolgung aufgrund ihres Geschlechts aus Gewaltregimen geflohen sind, *Asyl* zu gewähren. Jede immigrierte Frau müsse die Scheidung beantragen können, ohne von *Ausweisung* bedroht zu sein. Bei Rückkehr des Ehemannes in den Herkunftstaat solle die Frau ein *Bleiberecht* haben. Die Rechte der Immigrantinnen der „2. Generation“ sollen verbessert werden. (BT-Dr. 11/1026). S. Lit.-Hinweis in: STREIT 3/87, 104.

### Buchhinweise

*Abel, Maria Henriette*: Vergewaltigung, Stereotypen in der Rechtsprechung, jur. Diss. FU-Bln., 1986

*Bergdoll, Karin/Namgalies-Treichler, Christel*: Frauenhaus im ländlichen Raum, Stuttgart 1987

*Brüggeborns-Weigelt, Gela von*: Psychologie der vergewaltigten Frau, Bd. 1: Identität und Vergewaltigung, Bd. 2: Psychologie und Therapie der Frau, Berlin (Marhold), 1986

*Bührmann, Traude*: Flüge über Moabiter Mauern, Berlin (Orlanda), 1987

Im Gerichtssaal begegnen sie sich zum ersten Mal: eine ist der Unterstützung einer „kriminellen Vereinigung“ angeklagt, die andere unterwegs als feministische Journalistin und Zuschauerin im Prozeß. „Wer schreibt unsere Geschichte, wenn nicht wir selbst...“ war für die Autorin Ausgangspunkt zu dieser Liebesgeschichte. Eine persönliche und dokumentarische Erzählung als Teil aktueller lesbischer Geschichte.

*Frau als Ware*: Begleitheft zur Wanderausstellung  
Redakt.: Arbeitskreis ausländ. u. dter. Frauen,  
Hrg.: Südostasien-Informationsstelle, Josephinenstr. 71, 4630 Bochum 1

*Mach mich nicht an:* Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Hg. v. d. Frauenbeauftragt. d. Stadt Wiesbaden, Luisenstr. 23 (kostenlos).

*Paetow, Barbara:* Vergewaltigung in der Ehe, eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter bes. Berücks. des Rechts der USA, Freiburg, (Beitr. aus dem Max-Planck-Inst., S 8). 1987

### Aus anderen Zeitschriften:

*Coen, Martin:* Gleichberechtigung durch Ungleichbehandlung? - Beschäftigungsvorteile zu Gunsten benachteiligter Gruppen am Beispiel der USA, DB 1987, 2041

*Gaul, Dieter:* Das Nachtarbeitsverbot für gewerbliche Arbeiterinnen, BB 1987, 1662

*Goy, Alexandra:* Der Berliner Gynäkologenprozeß, Kritische Justiz 1987, 313

*Greger, Reinhard:* Strafzumessung bei Vergewaltigung, MSchrKrim 10/87, 261 (Analyse von 171 Verurteilungen in Bayern in 1 Jahr.)

*Grimm, Christian:* Freiwilliger Waffendienst für Frauen?, ZRP 1987, 394

*Günther, Hans-Ludwig:* Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen, GA 1987, 433

*Hagemann-Smit, Joanna:* Das Mütterkonstrukt in psychiatrischen Gutachten (im Strafverfahren, z.B. bei der Beurteilung der Verantwortlichkeit männl. Straftäter), Recht u. Psychiatr. 3/87, 101

*Hummel-Liljegren, Hermann:* Sinnlose Widersprüche bei der Bedürftigkeit, zumutbarer Arbeit u. eheähnlicher Gemeinschaft zwischen Arbeitslosen-, Unterhalts- u. Sozialhilferecht, ZRP 1987, 310

*Keller, Rolf:* „Baby M.“: Ein spektakulärer Fall der Mietmutterchaft. Anm. z. Urteil des New Jersey Superior Court v. 31.3.87, JR 1987, 441

*Lazardis, Konstantinos:* Psychische Erkrankungen bei ausländischen Frauen - Hospitalisationstendenzen (Eine epidemiologische Untersuchung in Nds.), Medizin, Mensch, Gesellschaft 3/87, 213

*Lenz, Ilse:* Zwischen fremden Spiegeln - Zur Figur der wandernden Prostituierten in ostasiatischen Gesellschaften, Peripherie (Zeitschr. f. Politik u. Ökon. in d. 3. Welt) Heft 27, 6/87, S. 51 (Hintergrundwissen zur Beseitigung einiger Vorurteile bezüglich der immer sanfteren Asiatin.)

### Anwältinnenbüro

Feministische Juristin, 2. Ex. Mai 86, im öffentlichen Dienst beschäftigt, mit guten Kontakten zu Frauenprojekten in Köln, sucht aus Interesse zum Anwaltsberuf für Anfang 1988 Tätigkeit in einem Anwaltsbüro, möglichst im LG-Bezirk Köln. Vorliebe für Straf- und Familienrecht, nicht Bedingung.

Mica Verweyen, Vorgebirgstr. 241, 5000 Köln 51  
Tel.: 0221 / 36 39 97 oder 52 31 36

### Spendenaufwurf Rechtshilfefonds Berlin

Seit kurzem gibt es in Berlin einen Rechtshilfefonds für vergewaltigte, mißhandelte und sexuell mißbrauchte Frauen und Mädchen.

Mit diesem Fonds sollen betroffene Frauen und Mädchen, die durch die Beauftragung einer Rechtsanwältin im Ermittlungs- und Strafverfahren entstehenden Kosten in all den Fällen erstattet werden, in denen sie diese selbst tragen müßten, z.B. bei Nichtbewilligung von Prozeßkostenhilfe, bei Freispruch des Angeklagten oder wenn dem Angeklagten bei Verurteilung zwar die Kosten der Nebenklage auferlegt werden, bei diesem aber nichts zu holen ist.

(Siehe zu der Problematik auch oben, S. 121 ff.)

*Kontaktadresse:* Verein Rechtshilfe für Vergewaltigte, sexuell mißbrauchte und mißhandelte Frauen und Mädchen e. V. c/o RAin Gisela Leppers, Kottbusser Damm 72, 1000 Berlin 61

*Konto:* Sparkasse der Stadt Berlin West: 144 001 5275, BLZ 100 500 00, Gisela Leppers, „Rechtshilfefonds“.

### Frauenhandel

Der Verein Arbeitsgemeinschaft gegen internationale sexuelle und rassistische Ausbeutung (agisra) sammelt Entscheidungen, die im Zusammenhang mit dem internationalen Frauenhandel von Zivil- und Strafgerichten gegen Frauenhändler (Heiratshändler eingeschlossen) oder deren Kinder ergangen sind.

Kolleginnen, denen solche Urteile bekannt sind, wenden sich bitte an:

agisra e. V., Mainzer Ldstr. 147, 6000 Frankfurt 1, oder: RAin Barbara Becker-Rojczyk, Hedderichstr. 102, 6 Ffm. 70

### Einladung

#### 14. Feministischer Juristinnenstag vom 18. - 20. März 1988

Vom 18. - 20. März 1988 wird in der Jugendherberge, Hausmann Str. 27, 7000 Stuttgart 1, der 14. feministische Juristinnenstag stattfinden. Das Haus liegt 10 Gehminuten vom Hauptbahnhof entfernt und wird uns allein zur Verfügung stehen.

Bisher sind Vorträge und Arbeitsgruppen zu folgenden Themen in der Planung:

Leihmutterchaft und Adoption; Beratungsgesetz zum § 218; Renten- und Steuerreform; Rechtsphilosophie - Frauenrecht; lesbische Juristinnen; verschiedene Arbeitsgruppen zum Alltag und Anspruch der feministischen Juristinnen.

Weitere Themenvorschläge und Mitarbeiterinnen sind willkommen. Das Programm wird mit der Einladung verschickt und in Heft 1/88 abgedruckt.

Der Tagungsbeitrag beträgt DM 100,- für Berufstätige, sonst DM 50,-. Darin sind 2 Übernachtungen und 4 Mahlzeiten enthalten. Die Vorbereitungsgruppe bittet aus organisatorischen Gründen um möglichst frühzeitige Anmeldung durch Überweisung des Tagungsbeitrages auf Sonderkonto:

Postgirokonto: 86311 - 702, PSchA Stuttgart  
RAinnen Uta Wagner und Bettina Götze-Siebrand

#### Anmeldung und Kontaktadresse:

RAinnen Uta Wagner / Bettina Götze-Siebrand  
Hauptstätter Str. 39, 7000 Stuttgart 1  
Tel.: 0711 / 24 73 37